



CARLO CURTI GIALDINO\*

## LA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA DEL 20 APRILE 2023 IN TEMA DI CONCESSIONI BALNEARI: SPUNTI CRITICI E PROPOSTE PER CHIUDERE UNA STORIA INFINITA\*\*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Su alcuni profili di carattere processuale. - 3. Sulla ricevibilità della domanda pregiudiziale. – 4. Sull'applicabilità alla controversia della direttiva 2006/123. - 5. Sulla valutazione della scarsità delle risorse. - 6. Sulla validità della direttiva 2006/123. - 7. Sull'effetto diretto dell'art. 12 della direttiva 2006/123. - 8. Sulla decorrenza dell'effetto diretto dell'art. 12 e sulla sorte delle concessioni precedenti il termine finale del recepimento della direttiva da parte degli Stati membri. - 9. Sull'obbligo per le autorità amministrative di disapplicare disposizioni nazionali confliggenti con l'art. 12. - 10. L'irricevibilità del quesito concernente l'art. 49 del codice della navigazione. - 11. Considerazioni conclusive e *de iure condendo*. - 11.1. La reale funzione della mappatura e le zone di balneazione. - 11.2. Forme adeguate di pubblicità dell'avvio del procedimento concessorio. - 11.3. L'illegittima proroga, legale e/o giudiziaria delle concessioni. - 11.4. Responsabilità del legislatore nazionale ed eventuale intervento della Corte costituzionale.

### 1. Considerazioni introduttive

La disciplina delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative è assai complessa, a causa dei numerosi interventi normativi, frutto della stratificazione di norme di carattere generale, di norme specifiche, di norme transitorie nonché di una ricca giurisprudenza nazionale. Manca tuttavia, ad oggi, un intervento legislativo di riordino del settore di cui si discute almeno dal 2009, e al quale si interessò pure l'illustre studioso e amico carissimo alla memoria del quale sono dedicate queste pagine<sup>1</sup>.

\* Professore f.r. di Diritto dell'Unione europea, Sapienza Università di Roma.

\*\* Scritto destinato agli Studi in memoria di Beniamino Caravita di Toritto.

<sup>1</sup> B. CARAVITA DI TORITTO, G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in *Federalismi.it*, 11 agosto 2021, n. 20/2021, pp. 1-21. V., altresì, a dimostrazione dell'interesse di Beniamino per la tematica oggetto del presente lavoro, i molteplici contributi pubblicati nella rivista *Federalismi.it*, di cui fu fondatore e che magistralmente diresse fino alla prematura scomparsa: A. COSSIRI, *La proroga delle concessioni demaniali marittime sotto la lente del giudice costituzionale e della Corte di giustizia dell'UE*, n. 14, 2016, pp. 1-23; C. BENETAZZO, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, n. 25, 2016, pp. 1-35; ID., "Primaia" del diritto

In aggiunta ai vari provvedimenti via via adottati si sono intrecciati - e talvolta ne sono stati pure conseguenza diretta - con le procedure di infrazione aperte dalla Commissione europea<sup>2</sup>, come pure con alcune sentenze pregiudiziali della Corte di giustizia, che hanno riguardato, essenzialmente, i profili della liceità della clausola di preferenza per il concessionario uscente, della durata delle concessioni e del rinnovo automatico delle stesse.

---

U.E. e proroghe ex lege delle concessioni balneari, n. 19, 2018, pp. 1-26; G. CERRINA FERONI, *La gestione del demanio costiero. Un'analisi comparata in Europa*, n. 4, 2020, pp. 20-44; G. DI PLINIO, *Il Mostro di Bolkestein in spiaggia. La "terribile" Direttiva e le concessioni balneari, tra gli eccessi del Judicial Italian Style e la crisi del federalizing process*, n. 5, 4 marzo 2020, pp. 1-24; G. CARULLO, A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime nel mercato europeo dei servizi: la rilevanza del contesto locale e le procedure di aggiudicazione*, n. 26, 2020, pp. 23-50; E. AJMAR, P. MAFFEI, *Concessioni balneari: si naviga a vista. Uno studio di caso*, n. 18, 2020, pp. 8-25; B. CARAVITA DI TORITTO, G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato: una prospettiva di riforma*, cit.; P. MAZZINA, *Le concessioni balneari ad uso turistico-ricreativo tra libera concorrenza e tutela sociale della collettività*, n. 4, 2022, pp. 583-602; M.C. GIRARDI, *Concorrenza, demanio marittimo e tutela dei diritti tra frammentazione giuridica ed esigenze di bilanciamento. Riflessioni a partire dal disegno di legge per il mercato e la concorrenza*, n.15, 1 giugno 2022, pp. 59-82; A. COSSIRI, *Il bilanciamento degli interessi in materia di concessioni balneari: quali spazi per il legislatore statale e per le autonomie?* n. 9, 2022, pp. 1-20; A. PERSICO, *Le concessioni demaniali marittime nell'impatto con il diritto dell'Unione. Spunti comparatistici per una gestione sostenibile "a tuttotondo" del patrimonio costiero nazionale*, n. 22, 10 agosto 2022, pp. 114-148; A.M. LISCIO, *Il ruolo dell'esecutivo nell'incerto futuro delle concessioni demaniali marittime*, n. 7, 23 marzo 2023, pp. 80-105; M. MATASSA, *La disciplina delle concessioni balneari e l'evaporazione del diritto liquido*, n. 10, 3 maggio 2023, pp. 152-172; G. GRECO, *La Corte di giustizia ritorna sulle concessioni balneari precisandone le condizioni: problemi superati e problemi ancora aperti in sede di applicazione nazionale del diritto UE*, in *federalismi.it*, n. 13, 14 giugno 2023, pp. 125-144.

<sup>2</sup> Una prima procedura d'infrazione venne aperta, durante il governo Berlusconi IV, con lettera del 29 gennaio 2009 e riguardò, sostanzialmente, il c.d. diritto di insistenza, previsto dall'allora art. 37, comma 2, cod. nav., poi abrogato dall'art. 1, comma 18, del decreto-legge 30 dicembre 2009, convertito dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25, che fissò anche la prima proroga delle concessioni demaniali marittime al 31 dicembre 2015. A seguito dell'invio di una lettera di messa in mora complementare, il 5 maggio 2010, l'art. 11 della legge 15 dicembre 2011, n. 217 (legge comunitaria 2010) abrogò, altresì, la proroga sessennale delle concessioni, di cui all'art. 1, comma 2, decreto-legge, n. 400 del 1993. Cosicché la Commissione europea archiviò la procedura d'infrazione il 27 febbraio 2012, durante il governo Monti e non la riaprì quando il Parlamento, con il parere contrario del Governo, in sede di conversione del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, modificò l'art. 34-*duodecies* della legge 17 dicembre 2012, n. 221, estendendo al 31 dicembre 2020 la proroga per le concessioni demaniali in essere alla data del 30 dicembre 2009. Va rammentato, inoltre, che, con l'art. 1, comma 547, della legge 24 dicembre 2012, n. 228 (legge di stabilità 2013) le previsioni dell'art. 1, comma 18, del decreto-legge n. 194/2009 sono state estese vuoi al demanio marittimo, per finalità sportive, vuoi al demanio lacuale e fluviale, per concessioni con finalità turistico-ricreative e sportive, vuoi ai beni destinati a porti turistici, approdi e punti di ormeggio dedicati alla nautica da diporto. Sulla prima procedura di infrazione v. C. POZZI, *Le concessioni demaniali marittime: stato dell'arte dopo l'apertura della procedura di infrazione Comunitaria*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2011, pp. 379-393.

Una nuova procedura d'infrazione, tuttora aperta, è iniziata con lettera di messa in mora del 3 dicembre 2020, durante il governo Conte I, quasi due anni dopo l'approvazione della legge 30 dicembre 2018, n. 145, che con l'art. 1, comma 682, dispose che le concessioni allora vigenti, disciplinate dal comma 1 dell'art. 01 del decreto-legge n. 400 del 1993, convertito con modificazioni dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, avessero una ulteriore durata di quindici anni, posticipando così la scadenza al 31 dicembre 2033. In questo contesto va pure ricordato che, durante il governo Conte II, l'art. 182, comma 2, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, recante misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19, convertito con modificazioni dalla legge, 17 luglio 2020, n. 77, ribadì la scadenza per tutte le concessioni demaniali marittime al 31 dicembre 2033. Sulla seconda procedura di infrazione v. C. BURELLI, *Le concessioni turistico-ricreative tra vincoli "Comunitari" e normativa italiana: criticità e prospettive*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2/2021, pp. 247-283; M. GOLÀ, *Il Consiglio di Stato, l'Europa e le "concessioni balneari": si chiude una - annosa - vicenda o resta ancora aperta?* in *Diritto e società*, n. 3, 2021, pp. 401-418.

Quella che si consuma ormai da diciassette anni, a partire, cioè, dall'approvazione della direttiva 2006/123/CE<sup>3</sup>, ispirata all'eliminazione degli ostacoli alla libertà di stabilimento e circolazione dei servizi, in attuazione degli artt. 56, 63 e 86 TCE, versione del trattato di Nizza (ora artt. 49, 56 e 106 TFUE), indubbiamente può considerarsi una vera e propria saga, ricca di molteplici colpi di scena.

Come noto, la tematica delle concessioni balneari interseca vari rami del giure: dal diritto della navigazione, al diritto costituzionale, al diritto amministrativo, sostanziale e processuale, per non menzionare che i settori maggiormente interessati. Per ragioni evidenti mi terrò stretto ai profili di diritto dell'Unione europea, più precisamente al rapporto tra la disciplina nazionale e gli obblighi discendenti dal diritto dell'Unione, come interpretato dalla Corte di giustizia di Lussemburgo. Pure su questa problematica, naturalmente vista dall'ottica specifica delle concessioni balneari, non mancano, come si dirà, contributi significativi della giurisprudenza (nazionale e sovranazionale), il che ha indotto pure la dottrina a produrre innumerevoli contributi, di cui è illusorio anche fare un elenco minimamente esaustivo<sup>4</sup>.

L'ultimo episodio, in ordine di tempo, è costituito dalla sentenza resa, il 20 aprile 2023, dalla Terza sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea<sup>5</sup>, nella causa C-348/22, avente ad oggetto la domanda pregiudiziale proposta dal Tribunale amministrativo regionale, sede

---

<sup>3</sup> GUUE, 27 dicembre 2006, L376, pp. 36-68. Sulla direttiva servizi, in generale, v. F. BESTAGNO, L.G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano, 2007; B. NASCIBENE, *La Direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2007, n. 2, pp. 861-885; S. D'ACUNTO, *Direttiva servizi (2006/123/CE. Genesi, obiettivi e contenuto*, Milano, 2009. Sulla direttiva e le concessioni balneari v., soprattutto, B. BAREL, *Diritto europeo, direttiva «servizi» e disciplina italiana delle concessioni degli arenili*, in *Munus*, 2018, pp. 347-371.

<sup>4</sup> In disparte dei contributi che saranno indicati nel prosieguo del lavoro, mi limito a richiamare fra quelli recenti di maggiore respiro, A. LUCARELLI, B. DE MARIA, M.C. GIRARDI (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime, Principi costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, Napoli, 2021; F. CAPELLI, *Evoluzione, splendori e decadenza delle direttive comunitarie: il caso delle concessioni balneari*, Napoli, 2021; B. BAREL, *La concorrenza arriva sulle spiagge. In gara le concessioni demaniali marittime*, in *Dinamiche Territoriali*, 2 marzo 2022; G. GRECO, *Nuove regole di applicazione del diritto UE in sede nazionale?* in *rivista.eurojus.it*, 2022, fasc. 1, pp. 168-218; M. FRAGOLA, *Le concessioni balneari alla luce del diritto dell'Unione europea (e della direttiva c. d. "Bolkestein")*, Cosenza, 2023.

<sup>5</sup> La Terza Sezione della Corte era composta da cinque giudici: la presidente estone Küllike Jürimae, il giudice polacco Marek Safjan, quello portoghese Nuno José Cardoso da Silva Piçarra, il finlandese Niilo Jääskinen e il ceco Miroslav Gavalec, che fungeva da relatore. Confermando l'impostazione già seguita nelle cause riunite C-458/14, *Promoimpresa srl c. Consorzio dei comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idroa* e C-67/15, *Mario Melis e a. c. Comune di Loiri Porto San Paolo e Provincia di Olbia Tempio*, (di seguito *Promoimpresa*, com'è entrata nell'uso comune), di cui alla sentenza della Quinta Sezione della Corte del 14 luglio 2016 (ECLI:EU:C:2016:558), non risulta che, come previsto dall'art. 16, terzo comma dello Statuto della Corte e dall'art. 60, par. 1 del regolamento di procedura, alcuno degli Stati membri o la Commissione europea, che hanno partecipato al procedimento, abbiano chiesto l'attribuzione della causa alla Grande Sezione, composta da quindici giudici. Eppure, sicuramente il Governo italiano avrebbe avuto interesse a che la causa fosse giudicata da una composizione della Corte più ampia rispetto ad una Sezione di cinque giudici, se non altro per il rischio, puntualmente verificatosi, di un consolidamento del precedente *Promoimpresa*. Né, tantomeno, il Collegio giudicante si è avvalso della facoltà, prevista dall'art. 60, par. 3, del regolamento di procedura di chiedere alla Corte, in qualunque fase del procedimento, di riattribuire la causa ad un Collegio più ampio.

di Lecce<sup>6</sup>, nella causa tra l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM)<sup>7</sup> ed il Comune di Ginosa e a. (di seguito sentenza *Comune di Ginosa*)<sup>8</sup>.

Ricordo che il giudizio *a quo* opponeva l'AGCM alla decisione della Giunta del Comune di Ginosa (TA) di prorogare le concessioni di occupazione del demanio marittimo fino al 31 dicembre 2033, in forza dell'art. 1, comma 682, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 (di seguito legge 145/18<sup>9</sup>) e dell'art. 182, comma 2, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34,

<sup>6</sup> Sull'ordinanza di rinvio pregiudiziale del TAR Puglia, sede di Lecce, 11 maggio 2022, n. 743, v. C. BURELLI, *A new (questionable) chapter of the "beach Concessions" saga: TAR Lecce makes a request for a preliminary ruling pursuant to Article 267 TFEU*, in *REALAm.blog*, 20 settembre 2022; M. TIMO, *Le proroghe ex lege delle concessioni "balneari" alla Corte di Giustizia: andata e ritorno di un istituto controverso (nota a T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, ordinanza 11 maggio 2022, n. 743)*, in *giustiziasieme.it*, 12 ottobre 2022.

<sup>7</sup> L'AGCM si occupò, per la prima volta, di concessioni demaniali il 28 ottobre 1998 (AGCM, *Bollettino* n. 42 del 2 novembre 1998, pp. 31-35), allorché il presidente Giuseppe Tesauro inviò ai presidenti del Senato (Nicola Mancino), della Camera (Luciano Violante), al presidente del Consiglio (Massimo D'Alema), al ministro per le riforme istituzionali (Giuliano Amato), al sottosegretario alla presidenza del Consiglio (Franco Bassanini) ed al presidente della commissione Affari costituzionali del Senato (Massimo Villone), una lettera concernente la legge 15 marzo 1997, recante delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle Regioni e enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa e con riferimento al disegno di legge di delegificazione, allora in esame dinanzi al Parlamento. In questa nota, l'AGCM, pur senza menzionare le concessioni balneari, avanzò talune proposte, suggerendo «un intervento sistematico di natura generale, idoneo ad evitare le distorsioni della concorrenza». Con riguardo ai beni demaniali propose di «ridurre la discrezionalità amministrativa nella scelta dei concessionari». L'AGCM sostenne che «nelle aree ancora oggetto di riserva, le concessioni restano giustificate. Andrebbero però attenuati alcuni tratti della loro disciplina che provocano eccessive alterazioni del mercato». Esortò, in particolare, di rispettare comunque i principi comunitari della parità di trattamento e della non discriminazione. Con riguardo alla durata della concessione, l'AGCM non ritenne indispensabile che essa fosse parametrata al periodo di recupero degli investimenti necessari per lo svolgimento dell'attività, in quanto il valore, al momento della gara, degli investimenti già effettuati dal concessionario, avrebbe potuto essere posto a base d'asta.

Dieci anni dopo, con segnalazione AS481 del 20 ottobre 2008 (AGCM, *Bollettino* n. 39 del 12 novembre 2008), l'Autorità garante, allora presieduta da Antonio Catricalà, evidenziò le distorsioni alla concorrenza conseguenti alla durata ed al rinnovo automatico delle concessioni balneari, censurando vuoi l'allora art. 37, secondo comma, cod. nav. vuoi l'art. 1, comma 2 del decreto-legge n. 400 del 1993 (che prevedeva, come detto, che le concessioni avessero una durata di sei anni e fossero rinnovate automaticamente ad ogni scadenza per ulteriori sei anni, a semplice richiesta del concessionario, fatto salvo il diritto di revoca) vuoi disposizioni della Regione Friuli-Venezia Giulia (art. 9 della legge regionale n. 22/2006 e decreto del Presidente della Regione n. 320/2007), a stregua dei quali il diritto di insistenza avrebbe dovuto essere considerato, in misura variabile tra il 30% ed il 10%, in sede di comparazione delle istanze concorrenti.

<sup>8</sup> Sulla sentenza v., tra i primi commenti, D. DIVERIO, *Nulla di nuovo... sotto il sole? Qualche considerazione a prima lettura sulla sentenza della Corte di giustizia nella causa AGCM c. Comune di Ginosa*, in *BlogDUE*, 2023, pp. 1-10; R.M. BERLOCO, S. TURZO, *La Corte di giustizia sulle concessioni demaniali: la proroga del titolo concessorio deve essere disapplicata dai giudici nazionali e dalle autorità amministrative, comprese quelle comunali*, in *Legal Team*, 27 aprile 2023; C. POZZI, *Balneari, dalla Corte UE una nuova pagina per la riforma delle concessioni*, in *mondobalneari.com*, 2 maggio 2023; M. CLARICH, G. FONDERICO, *Concessioni balneari: no rinnovo automatico per le spiagge italiane e spazio a gare imparziali e trasparenti*, in *Guida al diritto*, 11 maggio 2023, n. 17, pp. 96-98; R. TUMBILOLO, *Il demanio costiero come risorsa naturale e ambientale*, in *Rivista giuridica dell'ambiente online*, n. 43, 2 giugno 2023; G. GRECO, *La Corte di giustizia ritorna sulle concessioni balneari precisandone le condizioni: problemi superati e problemi ancora aperti in sede di applicazione nazionale del diritto UE*, cit.; A.M. LISCIÒ, *Repetita iuvant: è obbligatoria una procedura concorrenziale per l'affidamento delle concessioni demaniali marittime (nota CGUE C-348/22 del 20 aprile 2023)*, in *Giustamm*, n. 6/2023, 26 giugno 2023; G. PARODI, *La proroga delle concessioni demaniali marittime tra disapplicazione e incidente di costituzionalità. Questioni aperte, opacità della giurisprudenza*, in *DPCE online*, 7 luglio 2023.

<sup>9</sup> Legge recante bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021.

convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77<sup>10</sup>. Nell'ambito della sua funzione di monitoraggio, l'AGCM, ritenendo che la decisione di prorogare le concessioni fosse contraria agli artt. 49 e 56 TFUE nonché all'art. 12 della direttiva 2006/123<sup>11</sup>, ha notificato al Comune un parere motivato e, poi, preso atto del mancato adeguamento ha disposto di impugnare la delibera consiliare dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Lecce, chiedendone l'annullamento.

Dalla sentenza della Corte si apprende che il TAR Puglia, sede di Lecce, ritiene che la proroga delle concessioni al 2033 configuri una violazione manifesta della direttiva 2006/123 e, in ogni caso, dell'art. 49 TFUE. Pur riconoscendo che, secondo la sentenza *Promoimpresa*<sup>12</sup>, in assenza di qualunque procedura di selezione, la proroga automatica è incompatibile con l'art. 12 della direttiva 2006/123 e con l'art. 49 TFUE, in quest'ultimo caso, beninteso, soltanto a condizione che tali concessioni riguardino risorse naturali scarse e abbiano un interesse transfrontaliero certo, il giudice nazionale dubita, per un verso, che l'art. 12 sia produttivo di effetto diretto, come invece ha ritenuto l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con le sentenze n. 17 e n. 18 del 9 novembre 2021<sup>13</sup>; per altro verso, considera che il

<sup>10</sup> Legge recante misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19.

<sup>11</sup> L'art. 12, cui per forza di cose farò sovente riferimento - se non altro perché la sua interpretazione è al centro della sentenza *Comune di Ginosa* - nei suoi primi due commi è sostanzialmente identico all'art. 12, primo e secondo comma, della proposta di direttiva sui servizi, presentata dalla Commissione europea il 25 febbraio 2004, come risultato di prolungate consultazioni con gli Stati membri. La detta proposta venne avanzata dall'allora commissario al mercato interno della Commissione presieduta da Romano Prodi, l'olandese Frederik, detto Frits, Bolkestein, motivo per cui la direttiva servizi è sovente denominata "direttiva Bolkestein", dal nome del suo proponente. Soltanto il terzo comma, interamente nuovo è frutto del negoziato legislativo in sede di Parlamento europeo e Consiglio, durato ben trentatré mesi. L'art. 12, rubricato «Selezione tra diversi candidati» stabilisce 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.»

<sup>12</sup> Nella sentenza *Promoimpresa*, la Corte - avendo considerato che l'armonizzazione realizzata dalla direttiva 2006/123 fosse «esaustiva» - ha equiparato le concessioni in parola ad una "autorizzazione" ai sensi dell'art. 12, in quanto «costituiscono atti formali, qualunque sia la loro qualificazione nel diritto nazionale, che i prestatori devono ottenere dalle autorità nazionali al fine di poter esercitare la loro attività economica» (punto 41). Inoltre, la Corte ha ritenuto che «la proroga ex lege della data di scadenza delle autorizzazioni equivale a un loro rinnovo automatico, che è escluso» dai termini stessi dell'art. 12, par. 2 (punto 50), utilizzando - come si è osservato (E. CANNIZZARO, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *giustiziainsieme*, 30 dicembre 2021) - una formulazione generalmente riservata ad una disposizione produttiva di effetti diretti. Infine, quanto alla valutazione della limitatezza o meno della risorsa, fondamentale rispetto all'applicazione dell'art. 12, i giudici di Lussemburgo hanno affermato che essa compete al giudice nazionale, il quale prenderà in considerazione, in particolare, il fatto che le concessioni sono rilasciate a livello comunale e non nazionale (punto 43). Diversamente, l'avvocato generale Maciej Szpunar, nelle conclusioni presentate il 25 febbraio 2016, aveva affermato che le aree demaniali situate sulle rive del Lago di Garda e sulla costa marittima sarda fossero «ovviamente limitate» e potessero, pertanto, essere qualificate a stregua di «risorse naturali scarse» (parr. 71-72).

<sup>13</sup> Nonostante che in dottrina e in giurisprudenza sia invalso l'uso di definire le due sentenze come "gemelle", esse, più precisamente, concernono gli appelli di due decisioni, che hanno avuto esiti contrapposti. Invero,

differimento degli effetti delle dette decisioni dell'Adunanza Plenaria al 31 dicembre 2023 configuri una ulteriore proroga automatica, contraria al diritto dell'Unione. Infine, il TAR Puglia dissente pure dal Consiglio di Stato quanto all'inquadramento della direttiva 2006/123 come direttiva di liberalizzazione e non di armonizzazione e, conseguentemente, ritiene che essa è invalida in quanto avrebbe dovuto essere adottata all'unanimità.

## 2. Su alcuni profili di carattere processuale

Alcuni profili processuali della causa *Comune di Ginosa* meritano di essere segnalati<sup>14</sup>. Anzitutto, a proposito della difesa dell'AGCM, va notato che essa è stata affidata alla medesima avvocato dello Stato che ha rappresentato pure il Governo italiano. Si tratta di una coincidenza alquanto bizzarra, trattandosi, all'evidenza, di difendere interessi non proprio coincidenti, se non realizzanti un conflitto oggettivo di interessi. Ciò in quanto, all'apertura del mercato, coesistente al compito istituzionale dell'AGCM<sup>15</sup>, si contrappone la tradizionale posizione fondata su meccanismi di proroga, seguita da tutti i governi italiani, come pure dal Parlamento, a partire dal 2009, che non ha subito sostanziali modifiche da parte del Governo Draghi, in carica al tempo della procedura scritta della causa in esame. Il che, sul piano generale, avrebbe ben giustificato di mantenere distinte le due difese, se non fosse che l'AGCM è tenuta per legge a rivolgersi all'Avvocatura dello Stato. In un caso del genere, tuttavia, l'agente del Governo italiano dinanzi alla Corte di giustizia, che *per incidens*, attualmente, è l'avvocato generale dello Stato, tenuto conto che potevano ricorrere «ragioni

---

mentre il TAR Puglia, sede di Lecce, con decisione n. 73/2021, aveva accolto il ricorso proposto dal concessionario uscente relativo alla pretesa del riconoscimento del diritto alla proroga fino al 31 dicembre 2033, il TAR Sicilia, sede di Catania, con decisione n. 504/2021 aveva invece respinto analoga istanza di riconoscimento della detta proroga. Sulle sentenze, dal punto di vista del diritto dell'Unione, si v., soprattutto, A. CIRCOLO, *Un "approdo" per le concessioni balneari: l'Adunanza plenaria nega la proroga automatica delle concessioni*, in *Blog di Aisdue*, 2 dicembre 2021; F. FERRARO, *Diritto dell'Unione e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria?* in *Diritto e Società*, 2021, n. 3, pp. 359-383; E. CANNIZZARO, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Giustizia Insieme*, 30 dicembre 2021; R. MASTROIANNI, *Il Consiglio di Stato e le concessioni balneari: due passi avanti e uno indietro?* in *rivista.eurojus.it*, 2022, n. 11, pp. 105-117. Più in generale v. il fascicolo monografico della rivista *Diritto e società*, 2021, n. 3 (con scritti di M.A. Sandulli, F. Ferraro, G. Morbidelli, M. Gola, R. Dipace, M. Calabrò, E. Lamarque, R. Rolli-D. Samarro, E. Zampetti, G. Iacovone, M. Ragusa e P. Otranto) nonché M.P. CHITI, *Juger l'administration c'est aussi légiférer? L'adunanza plenaria sulle concessioni demaniali marittime*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2021, nn. 5-6, pp. 870-884.

<sup>14</sup> Oltre alle parti nel giudizio *a quo* (AGCM e Comune di Ginosa) e quella intervenuta a sostegno del Comune (il Sindacato Italiano Balneari, S.I.B. di Confcommercio), hanno presentato osservazioni scritte la Commissione europea, il Parlamento europeo ed il Consiglio dell'Unione (le ultime due istituzioni perché uno dei quesiti aveva posto in dubbio la validità della direttiva 2006/123), nonché i Governi di Finlandia, Italia e Paesi Bassi.

<sup>15</sup> La competenza dell'AGCM in materia di concessioni demaniali marittime è indiscutibile. Deriva dalla legge istitutiva 10 ottobre 1990, n. 287/1990, recante norme per la tutela della concorrenza e del mercato, che ha istituito l'Autorità, attribuendole il compito di attuare le regole in materia di concorrenza ed affidando ad essa pure il compito di vietare e contrastare le operazioni e condotte restrittive della libertà di concorrenza. Inoltre, l'art. 21-bis della menzionata legge (inserito dall'art. 35 del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 214, convertito, con modifiche, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214), ha attribuito all'AGCM, oltre al potere di segnalare alle pubbliche amministrazioni, tramite un parere motivato, gli atti ritenuti in violazione delle norme a tutela della concorrenza (par. 2), la legittimazione ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato.

assolutamente eccezionali», ai sensi dell'art. 5, primo comma, del regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611, recante testo unico sull'ordinamento dell'avvocatura dello Stato, avrebbe potuto chiedere al Presidente del Consiglio dei Ministri di conferire l'incarico di assistere il Governo ad un avvocato del libero foro.

Sempre sotto il profilo processuale, va pure rilevato come non risulti che il Governo italiano abbia sollecitato di affidare la cognizione della causa ad un Collegio più ampio di una sezione di cinque giudici.

Inoltre, va notato che del Collegio giudicante non ha fatto parte il giudice italiano, Lucia Serena Rossi. In effetti, la medesima, avendo svolto le funzioni di esperta, al fianco della difesa del Governo italiano, nella causa *Promoimpresa*, alla quale la Corte, come si dirà, si richiama ben sei volte nella sentenza, sarebbe comunque rientrata tra le previsioni dell'art. 18 dello Statuto della Corte, che impone al giudice (e al presidente della Corte) di evitare qualsiasi situazione che diminuisca il carattere di indipendenza del giudice stesso che abbia partecipato, pure se in veste di esperto governativo, ad una precedente causa pregiudiziale, le cui questioni giuridiche erano largamente analoghe<sup>16</sup>.

Ancora va detto che, avendo la Corte deciso, ai sensi dell'art. 76 del regolamento di procedura<sup>17</sup>, di giudicare la causa senza tenere l'udienza di discussione<sup>18</sup>, ritenendo di essere sufficientemente edotta per statuire, a seguito della lettura delle osservazioni presentate durante la fase scritta, non vi è stata neppure la presentazione delle conclusioni dell'avvocato generale, la croata Tamara Čapeta, che è stata meramente sentita. Si è persa così l'occasione di una rivisitazione dell'intera questione sulla base di una lettura terza rispetto al Collegio giudicante.

### 3. Sulla ricevibilità della domanda pregiudiziale

Iniziando, dunque, l'esame della sentenza, va osservato che la Corte, in via preliminare, ha esaminato i dubbi prospettati dall'AGCM e dal Governo italiano circa la ricevibilità della domanda pregiudiziale. Essi ritenevano che, dopo l'abrogazione da parte della legge 5 agosto 2022 n. 118, recante legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 (di seguito legge 118/2022)<sup>19</sup>, delle disposizioni che prevedevano la proroga automatica delle concessioni, i

---

<sup>16</sup> Nello stesso senso, M. CONDINANZI, *Commento all'art. 18 dello Statuto della Corte*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI (a cura di), *Le regole del processo davanti al giudice dell'Unione europea*, Napoli, 2017, p. 77.

<sup>17</sup> Come noto, successive modifiche del regolamento di procedura, avvenute a partire dal 1991 e culminate nel 2012, hanno progressivamente attribuito alla Corte la facoltà di pronunciarsi senza udienza, cosicché come è stato ben detto, il procedimento davanti alla Corte è divenuto un «processo ad oralità eventuale» (così C. AMALFITANO, *Commento all'art. 20 dello Statuto della Corte*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI (a cura di), *Le regole del processo davanti al giudice dell'Unione europea*, cit., p. 98). Su questa evoluzione, con osservazioni critiche, v. M. COURNOT, *Commento all'art. 76 del regolamento di procedura*, *ivi*, pp. 539-549, anche per indicazioni di letteratura.

<sup>18</sup> Il Governo italiano, a differenza di quanto fatto dal S.I.B. di Confcommercio, ha accettato che non vi fosse l'udienza di discussione.

<sup>19</sup> Conviene ricordare che il Governo Draghi, per tenere conto delle menzionate decisioni n. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella riunione del Consiglio dei Ministri del 15 febbraio 2022, decise di disciplinare le concessioni balneari attraverso un emendamento, poi presentato dal Ministro del turismo, Massimo Garavaglia, da inserire nel disegno annuale per il mercato e la concorrenza 2021, allora all'esame del Parlamento. Invero, nella versione originariamente approvata dal Consiglio dei Ministri, il 4

quesiti sottoposti alla Corte dal TAR Puglia fossero divenuti ipotetici e, conseguentemente, la domanda pregiudiziale fosse divenuta irricevibile.

I detti dubbi, tuttavia, sono stati ritenuti privi di pregio. Invero la Corte ha rilevato, anzitutto, che la delibera controversa del Comune di Ginosa ha mantenuto i suoi effetti nonostante l'abrogazione di tali disposizioni (punto 32). In secondo luogo, ha ricordato che, secondo la giurisprudenza<sup>20</sup>, le questioni pregiudiziali godono di una presunzione di rilevanza, fino a che non risulti, in modo manifesto, che l'interpretazione richiesta alla Corte «sia priva di rapporto con la realtà effettiva o con l'oggetto del procedimento a quo o che il problema sia di natura ipotetica» (punto 33)<sup>21</sup>. Il che, nella specie, non sussisteva<sup>22</sup>.

#### 4. *Sull'applicabilità alla controversia della direttiva 2006/123*

Dichiarata quindi ricevibile la domanda pregiudiziale, il Collegio, in primo luogo, si è pronunciato sull'applicabilità alla controversia pendente avanti al giudice nazionale della direttiva 2006/123 (oggetto della sesta, settima e prima parte dell'ottava questione).

Applicando il medesimo ragionamento, di regola seguito nella propria giurisprudenza<sup>23</sup> e adottato, segnatamente, con riguardo alle concessioni balneari al punto 61 della sentenza *Promoimpresa*, la Corte - ribadendo che la direttiva 2006/13 ha realizzato «un'armonizzazione esaustiva» dei servizi rientranti nel suo campo di applicazione e, pertanto, le misure nazionali eventualmente contrastanti non debbono essere valutate a stregua del diritto primario - ha concentrato «esclusivamente» il proprio esame sull'interpretazione della direttiva, in particolare dei suoi artt. 9 e 12, rispetto a quello dell'art. 49 TFUE, sebbene il giudice del rinvio avesse pure menzionato questa disposizione (punti 36 e 37).

Ciò precisato, la Corte - sempre sulla base della propria consolidata giurisprudenza<sup>24</sup>, che sul punto si fonda su di un'interpretazione letterale, storica e teleologica, a stregua della

---

novembre 2021, il disegno di legge conteneva soltanto una delega al Governo per la creazione di un sistema informatico di rilevazione delle concessioni demaniali marittime, volto a «promuovere la massima pubblicità e trasparenza dei principali dati e delle informazioni relativi a tutti i rapporti concessori». L'emendamento fu presentato dal ministro del Turismo Massimo Garavaglia. Cosicché la legge 5 agosto 2022, n. 118 ha dedicato tre disposizioni (gli artt. da 2 a 4) alla materia delle concessioni demaniali. In estrema sintesi è stata abrogata la proroga al 31 dicembre 2033 ed è stata recepita la scadenza delle concessioni al 31 dicembre 2023, fissata, apoditticamente, dalle menzionate sentenze dell'Adunanza Plenaria, aggiungendovi peraltro, con l'art. 3, comma 3, la possibilità di un differimento del termine di efficacia al 31 dicembre 2024, in presenza di ragioni oggettive che impediscano la conclusione della procedura selettiva entro l'anno precedente. Il medesimo comma ha stabilito che, fino al 31 dicembre 2024, l'occupazione dell'area demaniale da parte del concessionario uscente è comunque legittima.

<sup>20</sup> Sulla presunzione di rilevanza che si riconnette alle questioni pregiudiziali sottoposte dal giudice del rinvio alla Corte v. sentenze del 7 settembre 1999, *Beck e Bergdorf*, C-355/97, ECLI:EU:C:1999:391, punto 22; del 6 marzo 2020, *Miasto Łowicz e Prokurator Generalny*, C-558/18 e C-563/18, ECLI:EU:C:2020:234, punto 43.

<sup>21</sup> V., sentenza del 22 settembre 2022, *Admiral Garming Network e a.*, da C-475/20 a C-482/20, ECLI:EU:C:2022:714, punto 26.

<sup>22</sup> Anche per il giudice *a quo*, l'improcedibilità doveva essere comunque esclusa, v. TAR Puglia, sezione di Lecce, *Inaugurazione dell'Anno Giudiziario 2023, Relazione del Presidente Antonio Pasca*, Lecce, 18 febbraio 2023, pp. 36-37.

<sup>23</sup> Sentenze del 12 ottobre 1993, *Vanacker e Lesage*, C-37/92, ECLI:EU:C:1993:836, punto 9; dell'11 dicembre 2003, *Deutscher Apothekerverband*, C-322/01; ECLI:EU:C:2003:664, punto 64, nonché del 14 luglio 2016, *Promoimpresa e a.*, C-458/14 e C-67/15, ECLI:EU:C:2016:558, punto 59.

<sup>24</sup> Sentenze del 30 gennaio 2018, *X e Visser*, C-360/15 e C-31/16, ECLI:EU:C:2018:44, punti da 99 a 110, e del 22 settembre 2020, *Cali Apartments*, C-724/18 e C-727/18, ECLI:EU:C:2020:743, punto 56.

quale le disposizioni del capo III della direttiva 2006/13 trovano applicazione anche in relazione a situazioni i cui elementi rilevanti si collocano tutti all'interno di un solo Stato membro - ha affermato, rispondendo alla sesta questione, che l'art. 12 della detta direttiva riguarda qualsiasi concessione di occupazione del demanio marittimo, a prescindere dal fatto che essa presenti o meno un interesse transfrontaliero certo e che sia ubicata in un'area costiera limitata (punti 39-41).

In tal modo, avendo riconosciuto che la direttiva servizi si applica a tali figure giuridiche, essa ha anche implicitamente confermato che queste costituiscono un'autorizzazione all'esercizio di un'attività economica di servizi, come preconizzato dalla sentenza *Promoimpresa*. Di guisa che quest'ultima pronuncia, da sentenza in fondo isolata e per di più anche contrastabile alla luce della soluzione prospettata nella sentenza CO.GE.P. del 2007<sup>25</sup>, circa la locazione di immobili, diviene - per indiscusso merito del TAR Puglia, sede di Lecce - giurisprudenza consolidata, rendendo ormai particolarmente angusto il sentiero verso la ineludibile disciplina del settore.

Alla luce di detta risposta, comunque, la Corte ha ritenuto superfluo reagire alla settima domanda.

##### 5. Sulla valutazione della scarsità delle risorse

Sempre in tema di applicazione dell'art. 12 della direttiva 2006/13, la Corte, successivamente, si è pronunciata sul modo in cui debba essere valutato, per un verso, il

---

<sup>25</sup> Il riferimento è alla sentenza del 25 ottobre 2007, causa C-174/07, *Ministero delle Finanze-Ufficio IVA di Milano c. CO.GE.P. Srl* (di seguito *CO.GE.P.*), su domanda pregiudiziale proposta dalla Corte suprema di Cassazione. La causa principale concerneva l'assoggettamento all'IVA, ai sensi dell'art. 13, parte B, lettera b), della sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari - Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme - di fatture emesse per la concessione di zone del demanio marittimo, ai sensi dell'art. 36 cod. nav., destinate allo stoccaggio, alla lavorazione ed alla movimentazione di oli minerali. La questione posta alla Corte riguardava la qualificazione dell'attività di cui si è detto come ipotesi o meno di locazione di beni immobili esente da IVA. Ora, la Terza Sezione della Corte, basandosi su di una giurisprudenza costante concernente la locazione di beni immobili (richiamata al punto 31), ha configurato «il rapporto giuridico nell'ambito del quale ad una società è concesso il diritto di occupare ed utilizzare, in modo anche esclusivo, zone del demanio marittimo, specificamente un deposito costiero destinato allo stoccaggio, alla lavorazione ed alla movimentazione di oli minerali, per una durata limitata e a fronte di un corrispettivo il cui importo è notevolmente inferiore al valore del bene» (punto 32). Lo ha considerato un «rapporto (...) assimilabile ad un atto contrattuale che rientra nell'ambito delle attività di natura industriale e commerciale» (punto 33), che, in comune con la locazione di un bene immobile, ha la caratteristica consistente «nel mettere a disposizione una superficie, specificamente una parte del demanio marittimo, dietro corrispettivo, garantendo all'altra parte contrattuale il diritto di occuparlo e di utilizzarlo e di escludere le altre persone dal godimento di un tale diritto» (punto 34). Vale la pena di ricordare che la Commissione europea, nelle osservazioni scritte presentata nella causa *CO.GE.P.* rilevò che «la posizione giuridica del concessionario di beni del demanio marittimo equivale sostanzialmente, nei confronti di terzi, a quella del conduttore di beni immobili, come ha del resto riconosciuto la miglior dottrina amministrativa italiana (P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1972, vol. II, pp. 16) e come ammette la giurisprudenza italiana». Il passo è riportato da F. CAPELLI, *Evoluzione, splendori e decadenza delle direttive Comunitarie: il caso delle concessioni balneari*, cit. p. 134.

Rammento che la configurazione delle concessioni balneari come «locazioni di beni immobili» è stata difesa persino dall'ex commissario Bolkestein, nel corso del convegno *L'euro, l'Europa e la Bolkestein spiegata da Mr. Bolkestein*, organizzato presso la Camera dei Deputati, il 18 aprile 2018 (la cui registrazione è disponibile integralmente sul sito di *Radio Radicale*).

criterio della “scarsità delle risorse naturali” e, per altro verso, il concetto di “concessioni disponibili”. In proposito, il giudice del rinvio, nella sua ottava questione, aveva chiesto se, nel compiere il detto esame, si sarebbe dovuto riportare all’intero territorio nazionale ovvero, stante la competenza dei singoli Comuni, tale valutazione dovesse intendersi riferita al territorio costiero di ciascun Comune.

La Corte ha precisato al riguardo che, sebbene la competenza comunale potesse ben essere dedotta dal punto 43 della sentenza *Promoimpresa*, atteso che in Italia le concessioni balneari sono rilasciate dai Comuni, ciò non toglie che, dato il tenore letterale dell’art. 12, par. 1, della direttiva 2006/13, che fa riferimento ad una competenza degli Stati membri nella verifica della scarsità delle risorse naturali disponibili, si può ritenere che la norma attribuisca ai detti Stati «un certo margine di discrezionalità» nella scelta dei criteri applicabili alla valutazione della scarsità delle risorse naturali. Resta comunque necessario che i criteri da essi adottati siano basati su «criteri obiettivi, non discriminatori, trasparenti e proporzionati» (punto 48). Al fine di raggiungere questo risultato, per la Corte occorre combinare «un approccio generale e astratto», applicato «a livello nazionale», con «un approccio caso per caso, basato su un’analisi del territorio costiero del Comune in questione». La detta “combinazione” deve risultare «equilibrata» e, quindi, «idonea a garantire il rispetto di obiettivi di sfruttamento economico delle coste che possono essere definiti a livello nazionale, assicurando al contempo l’appropriatezza dell’attuazione concreta di tali obiettivi nel territorio costiero di un Comune» (punto 47).

L’affermazione appena riportata – che è stata letta da molti commentatori come una novità rispetto alla precedente giurisprudenza – va, invece, ritenuta una mera precisazione della sentenza *Promoimpresa*, e non già un mutamento di prospettiva della Corte. Si tratta, in altri termini, di un’enunciazione di stretto buon senso, del tipo del «conoscere per deliberare» di einaudiana memoria<sup>26</sup>. Si rifletta che, proprio con questa finalità, la legge n. 118/2022 ha conferito delega al Governo per la mappatura dei regimi concessori di beni pubblici.

In proposito - e in attesa di conoscere i risultati dalla mappatura in corso - va ricordato che, secondo i dati (2011) dell’Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA), il litorale italiano è il quattordicesimo più lungo del mondo e il quinto più lungo in Europa, con una costa naturale di circa 7.500 km, per due terzi formata da coste basse, sabbiose e rocciose. Circa il 70% delle coste basse è costituito da spiagge sabbiose o ghiaiose, per una lunghezza complessiva di 3.270 km e una superficie territoriale di oltre 120 km. Le imprese operanti nel settore sono circa 30 mila, per lo più piccole-medie imprese, spesso a conduzione familiare, profondamente radicate nel territorio, mentre sono circa 300 mila gli occupati, con una generazione di valore aggiunto pari a 800 milioni di euro, ossia circa il 3% del PIL<sup>27</sup>.

## 6. Sulla validità della direttiva 2006/123

A questo punto il Collegio è ritornato alla prima questione sottoposta dal giudice del rinvio volta ad accertare se la direttiva 2006/13, essendo qualificabile come una direttiva di armonizzazione, avrebbe richiesto, ai sensi dell’art. 94 TCE, di essere adottata dal Consiglio

<sup>26</sup> L. EINAUDI, *Prediche inutili*, Torino, 1956, p. 1.

<sup>27</sup> Relazione tecnica all’art. 100 decreto-legge n. 104 del 2020.

all'unanimità e non già a maggioranza qualificata, come vi si è provveduto in forza degli artt. 47, par. 2, prima e terza frase e 55 TCE.

Anche per rispondere a tale quesito, *prima facie* di qualche rilevanza, la Corte fa ricorso alla notissima giurisprudenza in tema di basi giuridiche di un atto<sup>28</sup>, secondo la quale, quando esso persegue plurime finalità - e per ciascuna deve fondarsi sulle corrispondenti basi giuridiche - il loro cumulo è escluso qualora le procedure previste dall'uno o dall'altro fondamento giuridico siano incompatibili.

Ebbene, nel caso che ci occupa, la direttiva 2006/13 persegue almeno due obiettivi, l'uno consistente nell'agevolare un elevato livello di qualità dei servizi e l'altro volto a coordinare le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative all'accesso alle attività non salariate e all'esercizio di queste. Concorrono, quindi, due fondamenti giuridici, da un lato, l'art. 94 TCE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni, che richiedeva l'unanimità del Consiglio; dall'altro, l'art. 47, par. 2, TCE, in tema di coordinamento delle legislazioni, che, attraverso il procedimento in codecisione, al tempo disciplinato dall'art. 251 TCE, consentiva il voto a maggioranza qualificata e al quale rinviava l'art. 55 TCE, riguardante i servizi.

In un caso del genere, escluso, come detto, il cumulo di basi giuridiche, il Consiglio, competente ad adottare misure volte a migliorare il funzionamento del mercato interno, era legittimato a fondarsi sulle disposizioni più specifiche (l'art. 47, par. 2, prima e terza frase e l'art. 55 TCE), rispetto a quella più generale (l'art. 94 TCE). D'altra parte - ha aggiunto la Corte - nessuno Stato membro (e quindi neppure l'Italia) chiese il voto all'unanimità, durante l'adozione della direttiva, come del resto prevedeva l'art. 47, par. 2, seconda frase TCE, facendo valere, a sostegno della richiesta, che l'esecuzione (*rectius* il recepimento) della direttiva comportasse «una modifica dei vigenti principi legislativi del regime delle professioni, per quanto riguarda la formazione e le condizioni di accesso delle persone fisiche» (punto 56). Alla luce di tutte queste considerazioni, la Corte ha ritenuto corretta la base giuridica privilegiata dal Consiglio e, quindi, ha concluso di non aver ravvisato alcun elemento idoneo ad inficiare la validità della direttiva, a causa della base giuridica dell'atto (punto 59).

#### 7. *Sull'effetto diretto dell'art. 12 della direttiva 2006/123*

Con la seconda e la quarta questione il TAR Puglia ha chiesto alla Corte se la direttiva 2006/123, e in particolare, il suo art. 12, «presenti o meno oggettivamente ed astrattamente i requisiti minimi di sufficiente dettaglio della normativa e di conseguente assenza di spazi discrezionali per il legislatore tali da potersi ritenere la stessa auto-esecutiva e immediatamente applicabile» e, quindi *self-executing*, ovvero si limiti soltanto a dettare la «prescrizione per lo Stato nazionale di adottare misure di armonizzazione non generiche, ma vincolate nel loro contenuto».

Semplificando il ragionamento e, soprattutto, adottando il linguaggio del giudice dell'Unione, diremmo che la questione ha riguardato, essenzialmente, la possibilità o meno di riconoscere che i due obblighi che l'art. 12 pone in capo agli Stati membri (quello di organizzare una procedura di selezione imparziale e trasparente tra i candidati potenziali e

<sup>28</sup> Sentenze del 26 marzo 1987, *Commissione/Consiglio*, 45/86, ECLI:EU:C:1987:163, punto 11, e del 29 aprile 2004, *Commissione/Consiglio*, C-388/01, ECLI:EU:C:2004:253, punti da 54-57.

quello di vietare rinnovi automatici e generalizzati delle concessioni) sono enunciati in modo incondizionato e sufficientemente preciso da poter essere considerati disposizioni produttive di effetti diretti, capaci, quindi, di determinare la disapplicazione delle norme del diritto nazionale non conformi a dette disposizioni.

Per la verità, compiere un tale accertamento, sulla scorta della notissima e consolidata giurisprudenza della Corte non è davvero un'operazione difficile. Tuttavia, i giudici di Lussemburgo, forse consapevoli dell'esistenza di carenze conoscitive del diritto dell'Unione, da parte del giudice *a quo*<sup>29</sup>, hanno dedicato, probabilmente con intento didattico, ben 13 punti della sentenza (da 62 a 74) al puntuale richiamo delle proprie decisioni più significative. Ne risulta una mini trattazione della nozione di effetto diretto delle disposizioni di una direttiva<sup>30</sup>.

A partire dal caso più semplice, cioè quello relativo alla possibilità per i privati di far valere dinanzi ai giudici nazionali le disposizioni aventi contenuto, per un verso, sufficientemente preciso (tale, cioè, da consentire ai singoli di invocarle e ai giudici di applicarle) e, per altro verso, incondizionato (cioè non soggetto ad alcuna condizione o subordinato, per quanto riguarda l'osservanza o gli effetti, all'emanazione, da parte di istituzioni dell'Unione o degli Stati membri, di atti ulteriori rispetto a quello con cui la direttiva è recepita). Una situazione del genere si presenta nel caso che lo Stato membro abbia ommesso di trasporre tempestivamente la direttiva nel diritto nazionale o l'abbia recepita in modo scorretto. Qualora, poi, una direttiva lasci agli Stati membri un certo margine di discrezionalità circa le modalità di attuazione, la detta discrezionalità non priva di effetto diretto le disposizioni di una direttiva allorché sia possibile determinare la tutela minima che deve in ogni caso essere applicata.

La Corte, quindi, ha applicato l'indicata linea giurisprudenziale all'art. 12, par. 1 della direttiva, rilevando che esso, imponendo di affidare le concessioni in base ad una procedura di selezione imparziale, trasparente e pubblicizzata, appresta una tutela minima a favore dei potenziali candidati, che integra le caratteristiche dell'effetto diretto. Inoltre, come la Corte aveva già avuto modo di precisare al punto 50 della sentenza *Promoimpresa*, l'art. 12, par. 2 della direttiva vieta, in termini inequivocabili, proroghe automatiche e generalizzate di dette concessioni (punto 69). Il fatto, poi, che gli obblighi incombenti sugli Stati membri, ai sensi dell'art. 12, parr. 1 e 2, trovino applicazione solo in caso di scarsità delle risorse naturali, accertamento che spetta all'amministrazione competente di verificare, sotto il controllo del giudice nazionale, non priva la disposizione di effetto diretto (punto 71) e, comunque, non esime le autorità italiane a garantirne l'attuazione (punto 72).

Come si è detto, infatti, nonostante che la Corte ammetta che la direttiva 2006/123 - direi per la stessa natura di quest'atto, secondo l'art. 288, terzo comma TFUE - riconosce agli Stati membri «un certo margine di discrezionalità» in ordine ai criteri applicabili (punto 46), pur tuttavia afferma che la direttiva consente di «determinare alcuni diritti minimi e che sia, quindi, possibile determinare la tutela minima che deve in ogni caso essere applicata» (punto 65). Avendo fatto riferimento agli Stati membri, la Corte, per essere più precisa,

<sup>29</sup> V., *infra*, par. 10.

<sup>30</sup> La tematica è stata indagata da una dottrina sterminata. La si veda richiamata nel ponderoso lavoro di D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018; ID., *L'evoluzione dell'effetto diretto e dei suoi rapporti con il primato e l'immediata applicazione del diritto UE negli ordinamenti nazionali*, in G. PALMISANO (a cura di), *Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni*, Atti del XXIV Convegno della Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione Europea, Roma, 5-6 giugno 2019, Napoli, 2020, pp. 131-168.

avrebbe forse potuto discorrere di obblighi minimi. Comunque il concetto, come lo si sia definito, appare assolutamente chiaro, dato che, nella sentenza *Comune di Ginosa*, i giudici di Lussemburgo hanno ben precisato che i detti criteri devono essere «obiettivi, non discriminatori, trasparenti e proporzionati» (punto 48).

8. *Sulla decorrenza dell'effetto diretto dell'art. 12 e sulla sorte delle concessioni precedenti il termine finale del recepimento della direttiva da parte degli Stati membri*

Occorre ora soffermarsi sulla decorrenza dell'effetto diretto dispiegato dall'art. 12, parr. 1 e 2 della direttiva 2006/123. Al riguardo, la sentenza *Comune di Ginosa* offre indicazioni che meritano una sottolineatura. La decisione, infatti, al punto 73, rammenta che «una sentenza pregiudiziale, come la sentenza (...) *Promoimpresa* (...) chiarisce e precisa, quando ve ne sia bisogno, il significato e la portata della norma stabilita [dall'art. 12] (...) quale deve o avrebbe dovuto essere intesa e applicata dal momento della sua entrata in vigore, ossia, conformemente all'articolo 44 (...), a decorrere dal 28 dicembre 2009». Il riferimento all'art. 44 chiarisce che, con data dell'entrata in vigore, si intende non già quella della direttiva (che per l'art. 45 è il giorno successivo alla pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, cioè il 28 dicembre 2006) bensì il termine finale del periodo entro cui gli Stati membri dovevano provvedere al recepimento della direttiva.

Ne consegue che il giudice nazionale deve applicare l'art. 12, tenendo conto del detto effetto diretto «anche a rapporti sorti e costituiti» prima della sentenza *Promoimpresa*, retroagendo fino al 28 dicembre 2009.

Per quanto riguarda, invece, le concessioni demaniali marittime sorte e costituite prima di quest'ultima data, va avvertito che esse restano regolate dall'art. 56 TFUE (e, precedentemente, dall'art. 49 TCE e, ancor prima, dall'art. 59 TCEE). Si tratta, infatti, di disposizioni alle quali la Corte ha riconosciuto l'effetto diretto fin dalla sentenza 3 dicembre 1974, causa 33/74, *van Binsbergen*, stabilendone il momento iniziale alla scadenza del periodo transitorio del Trattato CEE (31 dicembre 1969). Vale la pena precisare, tuttavia, che il detto effetto diretto non si applica a tutte le concessioni demaniali marittime (come accade per la direttiva 2006/123), ma soltanto a quelle che presentano un «interesse transfrontaliero certo», come precisato dalla giurisprudenza della Corte<sup>31</sup>.

Avendo ritenuto che l'art. 12 della direttiva 2006/123 abbia effetto diretto, i giudici di Lussemburgo non hanno risposto alla terza questione posta dal TAR Puglia, che era stata costruita per il caso che la disposizione non fosse *self-executing*.

9. *Sull'obbligo per le autorità amministrative di disapplicare disposizioni nazionali confliggenti con l'art. 12*

Con la quinta questione e con la seconda parte dell'ottava questione, il TAR Puglia ha chiesto alla Corte se l'obbligo di disapplicare le disposizioni nazionali confliggenti con l'effetto diretto di cui è dotato l'art. 12, parr. 1 e 2, incomba soltanto sui giudici nazionali o

<sup>31</sup> A. MONICA, *The State-owned Maritime Concessions in Italy: the Cross-border Interest Issue and the Ongoing Reform of the Sector*, in *Review of European Administrative Law*, 2022, n. 2, pp. 35-54.

se esso gravi pure sulle autorità amministrative, compreso il singolo funzionario o dirigente di un Comune.

Prospettare un simile quesito alla Corte di giustizia da parte di un giudice nazionale, il 30 maggio 2022, lascia basiti. Infatti, il giudice suddetto, come minimo, essere a conoscenza della celeberrima sentenza 22 giugno 1989, 103/88, *Fratelli Costanzo*<sup>32</sup>, nella quale la Corte ha affermato che pure le amministrazioni, comprese quelle comunali (in quella causa si trattava del Comune di Milano) sono tenute a disapplicare le norme nazionali non conformi alle disposizioni di effetto diretto di una direttiva. Concetto ribadito da una giurisprudenza assolutamente consolidata: recentemente dalla sentenza 4 dicembre 2018, causa C-378/17, *Boyle e a.*<sup>33</sup>, nella quale i giudici di Lussemburgo, ai punti 38 e 39, hanno riaffermato che «l'obbligo di disapplicare una disposizione nazionale contraria al diritto dell'Unione incombe non solo sui giudici nazionali, ma anche su tutti gli organismi dello Stato, ivi comprese le autorità amministrative, incaricati di applicare, nell'ambito delle rispettive competenze il diritto dell'Unione», e ciò in forza del primato del diritto dell'Unione.

Ma c'è di più. Lo stesso principio risulta pure dai notissimi arresti della nostra Corte Costituzionale 5 giugno 1984, n. 170, *Granital* e 4 luglio 1989, n. 389, *Provincia autonoma di Bolzano* nonché dalla sentenza della Quinta Sezione del Consiglio di Stato del 6 aprile 1991, n. 452.

Certo, al punto 43 della sentenza *Promoimpresa*, la Corte aveva affermato che spettava al giudice nazionale verificare il requisito relativo alla scarsità delle risorse naturali, ma tale affermazione - come ora precisano i giudici di Lussemburgo al TAR Puglia - «non può significare che solo i giudici nazionali siano tenuti a verificare la sussistenza di tale requisito» (punto 78), ma devono compiere tale attività anche le «autorità amministrative, comprese quelle comunali» (punto 79).

#### 10. L'irricevibilità del quesito concernente l'art. 49 del codice della navigazione

La nona e ultima questione del TAR Puglia riguardava l'incameramento, alla scadenza della concessione, delle opere inamovibili costruite dal concessionario sul terreno affidatogli in concessione, senza alcun compenso o rimborso, come previsto dall'art. 49 del codice della navigazione. Il giudice nazionale chiedeva, altresì, se la disapplicazione di tale normativa fosse compatibile con l'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che tutela il diritto di proprietà.

La Corte ha dichiarato la questione irricevibile, applicando la nota giurisprudenza secondo cui essa può rifiutarsi di statuire su una questione pregiudiziale quando appaia in modo manifesto che l'interpretazione o il giudizio di validità del diritto dell'Unione che si richiede non ha alcuna relazione con la realtà effettiva o con l'oggetto del procedimento *a quo*, oppure il problema posto sia di natura ipotetica ovvero ancora la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per fornire una risposta utile<sup>34</sup>. Invero, nella specie, la controversia davanti al TAR Puglia riguardava la proroga della concessione e non già il diritto del concessionario di ottenere, alla scadenza della concessione, un qualsivoglia

<sup>32</sup> ECLI:EU:C:1989:256, punti da 29 a 33.

<sup>33</sup> ECLI:EU:C:2018:979.

<sup>34</sup> Sentenza 15 dicembre 1995, *Bosman*, causa C-415/93, ECLI:EU:C:1995: 463, punto 61.

compenso per le opere inamovibili che esso avesse costruito sul terreno affidatogli in concessione (punto 83).

La questione, comunque, troverà prossimamente una risposta dalla Corte all'uopo interrogata dal Consiglio di Stato<sup>35</sup>. La risposta del giudice dell'Unione potrebbe essere nel senso della legittimità di un indennizzo. Al riguardo, la Corte potrebbe fondare la propria risposta sulla propria sentenza 28 gennaio 2016, causa C-375/14, *Laezza*, nella quale ha ritenuto contraria agli art. 49 e 56 TFUE la disposizione nazionale che imponeva al concessionario di un'attività di raccolta di scommesse di cedere a titolo oneroso, alla scadenza della concessione, le attrezzature utilizzate per la raccolta delle scommesse, perdendo l'investimento effettuato. Inoltre, per il considerando n. 62 della direttiva 2006/123, la durata di un'autorizzazione deve essere adeguata per garantire di ammortizzare gli investimenti e la remunerazione dei capitali investiti.

In ogni caso, ricordo che l'art. 4, comma 2 della legge 118/2022 ha delegato il Governo a stabilire criteri uniformi per la quantificazione dell'indennizzo in favore del concessionario uscente, a carico di quello subentrante, per gli investimenti non ammortizzati<sup>36</sup>.

Nel frattempo, in alcune Regioni (segnatamente la Toscana), l'Agenzia del Demanio ha inviato, l'11 maggio scorso, ai Comuni costieri, lettere mediante le quali vengono richiesti dati tecnici sui manufatti e sulle opere comunque inamovibili, presenti nelle aree in concessione. Conseguentemente, i Comuni hanno ribaltato la richiesta sui concessionari. A proposito di queste comunicazioni l'Agenzia del Demanio ha precisato che le richieste sono da «inquadarsi nell'ambito delle ordinarie attività connesse al monitoraggio delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative». Inoltre, alcuni Comuni hanno inviato ai concessionari comunicazioni circa l'avvio da parte del Demanio del procedimento di incameramento delle opere inamovibili, in cui si dà per scontato che le concessioni verranno a scadenza il 31 dicembre 2023.

## 11. Considerazioni conclusive e de iure condendo

Per riassumere: il TAR Puglia, sede di Lecce, aveva posto ai giudici di Lussemburgo nove quesiti. La Corte ne ha dichiarato uno irricevibile, tre li ha ritenuti assorbiti o li ha aggregati, offrendo in totale al giudice leccese cinque risposte. Ebbene, per ben cinque volte,

<sup>35</sup> Vale la pena di rammentare, al riguardo, che, con ordinanza decisa in camera di consiglio il 28 giugno 2022, pubblicata il 15 settembre 2022, al n. 8010, il Consiglio di Stato, Sez. VI, nella causa tra Società italiana imprese Balneari s.r.l ed il Comune di Rosignano Marittimo nonché il ministero dell'Economia e delle finanze, Agenzia del demanio, Direzione regionale Toscana e Umbria, ha posto alla Corte di giustizia il seguente quesito: «Se gli artt. 49 e 56 TFUE e i principi desumibili dalla sentenza *Laezza* (C-375/14) ove ritenuti applicabili, ostino all'interpretazione di una disposizione nazionale quale l'art. 49 cod. nav. nel senso di determinare la cessione a titolo non oneroso e senza indennizzo da parte del concessionario alla scadenza della concessione quando questa venga rinnovata, senza soluzione di continuità, pure in forza di un nuovo provvedimento, delle opere edilizie realizzate sull'area demaniale facenti parte del complesso di beni organizzati per l'esercizio dell'impresa balneare, potendo configurare tale effetto di immediato incameramento una restrizione eccedente quanto necessario al conseguimento dell'obiettivo effettivamente perseguito dal legislatore e dunque sproporzionato allo scopo».

<sup>36</sup> All'indennizzo parrebbe opporsi la prospettazione della concessione balneare come locazione immobiliare, che la Corte, come ho ricordato *supra*, seguì nella sentenza *CO.GE.P.* del 2007. Tuttavia si deve riflettere che l'incameramento senza indennizzo era il *pendant* del c.d. diritto di insistenza. Una volta superata l'insistenza, la portata dell'art. 49 cod. nav. dev'essere ovviamente ripensata.

nel fornire le proprie risposte ai quesiti posti, la Corte ha iniziato il proprio ragionamento richiamando la propria “giurisprudenza costante” (punti 36, 52, 62, 77, 81).

Ciò pone un serio problema concernente la (s)conoscenza del diritto dell’Unione da parte dei nostri operatori giuridici. Undici anni fa, redigendo l’introduzione generale ad un commentario al TUE e al TFUE, ritenni “stupefacente” che il diritto dell’Unione non fosse stato ancora formalmente menzionato nelle prove del concorso per referendario del TAR, come materia della prova orale, se non pure della prova scritta, atteso che, nell’attività dei tribunali amministrativi, il diritto dell’Unione trova sicuramente maggiore applicazione concreta rispetto all’economia politica, che è invece materia della prova orale<sup>37</sup>. Sono andato a verificare la situazione odierna, consultando il bando di concorso dell’anno 2022, l’ultimo finora pubblicato. La situazione non è cambiata: il diritto dell’Unione europea è tuttora il grande assente. E se ne vedono, ahimè, le conseguenze!

È tempo, però, di enucleare qualche considerazione conclusiva, guardando, se possibile, al futuro, e fornendo, altresì, talune indicazioni *de iure condendo*.

### 11.1. *La reale funzione della mappatura e le zone di balneazione*

Osservo, anzitutto, che l’art. 10-*quater* legge 24 febbraio 2023, n. 14<sup>38</sup> ha previsto il censimento delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali in essere, al fine di stabilire, tramite un Tavolo interministeriale avente finalità consultiva e di indirizzo in materia<sup>39</sup>, per un verso, il carattere “scarso” delle risorse disponibili e, per altro verso, l’individuazione delle aree disponibili.

<sup>37</sup> C. CURTI GIALDINO, *Prolegomeni, ovvero la formazione del giurista europeo ed i commentari ai trattati sull’Unione europea*, in C. CURTI GIALDINO (diretto da), *Codice dell’Unione europea operativo. TUE e TFUE commentati articolo per articolo, con la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Napoli, 2012, p.16.

<sup>38</sup> Come noto, nella legge 14/2023 sono confluiti gli artt. 1, commi 8, 10-*ter*, 10-*quater* e 12-*sexies*, aggiunti in sede di conversione del decreto-legge 29 dicembre 2022, n. 198 (c.d. decreto milleproroghe), frutto di emendamenti presentati in Senato. Sul testo, risultante dalla fusione dei detti emendamenti, come approvato dal Senato, venne posta la fiducia alla Camera dei Deputati. In estrema sintesi la legge ha disposto: *a*) il differimento da sei a undici mesi, decorrenti dall’entrata in vigore della legge 118/2022, per l’adozione di un decreto governativo avente ad oggetto le modalità di costituzione e coordinamento del sistema informativo di rilevazione, in tal modo potendo procedere alla mappatura delle concessioni entro il 27 luglio 2023; *b*) lo spostamento in avanti di un anno della data di cessazione del termine di efficacia delle concessioni demaniali a finalità turistico-ricreativa in essere al 27 agosto 2022, che hanno beneficiato di proroghe o rinnovi disposti anche ai sensi della legge 145/2018 e della legge 126/2020, anche se disposte in base a procedure selettive, fissando, quindi, il nuovo termine al 31 dicembre 2024; *c*) lo spostamento al 31 dicembre 2025 del termine entro il quale le amministrazioni competenti possono posticipare ulteriormente l’efficacia delle concessioni ove, per ragioni oggettive (pendenza di contenziosi e difficoltà nello svolgimento della gara), non riescono a concludere le gare entro il 31 dicembre 2024; *d*) lo spostamento al 31 dicembre 2025 del termine assegnato al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per trasmettere alle Camere la relazione relativa allo stato delle procedure di selezione; *e*) la possibilità per i titolari delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico ricreativo (e dei punti di approdo con il medesimo uso), che utilizzino manufatti amovibili leggeri, di mantenerli installati fino al 31 dicembre 2023.

<sup>39</sup> Il detto Tavolo, previsto dall’art. 10-*quater* della legge 14/2023 è stato concretamente istituito con d.P.C.M. dell’11 maggio 2023 e si riunisce presso il Dipartimento per il coordinamento amministrativo della Presidenza del Consiglio dei Ministri, presieduto dal capo Dipartimento, cons. Elisa Grande e con la partecipazione di rappresentanti del Ministero delle infrastrutture e delle mobilità sostenibili, del Ministero dell’economia e delle finanze, del Ministero delle imprese e del made in Italy, del Ministero dell’ambiente e della sicurezza energetica, del Ministero del turismo, del Ministro della protezione civile e del mare, del Ministro per gli affari regionali e

Ricordo, peraltro, che la mappatura delle concessioni demaniali marittime non è certo una novità per il nostro ordinamento. Esiste, infatti, da oltre un trentennio, una banca dati, il Sistema Informativo Demanio (SID)<sup>40</sup>, previsto con legge 11 febbraio 1991, n. 44, recante Programma straordinario per l'aggiornamento del catasto del demanio marittimo e la creazione di un'apposita banca dati, che venne realizzato, nel 1993, dall'allora Ministero della marina mercantile (ora Ministero delle infrastrutture e delle mobilità sostenibili).

Parrebbe di capire dai *media* che la finalità, non troppo recondita, di tale ricognizione sarebbe, da un lato, quella di dimostrare che in Italia non vi è “scarsità della risorsa”, ai sensi dell'art. 12 della direttiva servizi, come interpretato dalla Corte di giustizia e, quindi, escludere, alla radice, l'applicazione della direttiva stessa<sup>41</sup>. Dall'altro, individuare le aree rispetto alle quali possa essere identificato l'interesse transfrontaliero certo, di cui all'art. 49 TFUE, come pure interpretato dai giudici di Lussemburgo.

Una tale prospettazione, tuttavia, pare assolutamente non convincente. Essa, infatti, nella sua assolutezza fa il paio, *a contrario*, con quella delle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria del 2021, che hanno concluso per la scarsità della risorsa in tutto il territorio italiano<sup>42</sup>, come pure con quella, altrettanto illogica, che risulta dalla menzionata sentenza 1°

---

le autonomie, del Ministro per gli affari europei, da un rappresentante delle Regioni nonché di un rappresentante per ogni associazione di categoria maggiormente rappresentativa del settore. I compiti affidati al Tavolo sono: *a*) di acquisire i dati relativi a tutti i rapporti concessori in essere delle aree demaniali marittime, lacuali, fluviali, derivanti dalla mappatura e *b*) di definire i criteri tecnici per la determinazione della sussistenza della scarsità della risorsa naturale disponibile, tenuto conto sia del dato complessivo nazionale che di quello disaggregato a livello regionale, e della rilevanza economica transfrontaliera. Il Tavolo ha finora tenuto due riunioni: quella costitutiva l'8 giugno e quella del 4 luglio. Un prossimo incontro è fissato per il 20 luglio ad appena una settimana dalla scadenza del termine, peraltro pure differito dalla legge 14/2023, entro cui va completata la mappatura delle concessioni.

<sup>40</sup> Al riguardo v. P.M. ROSA SALVA, *Il Sistema Informativo del Demanio Marittimo (SID): uno strumento di e-government tra problematiche applicative e partecipative*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 3, 2019, pp. 767-782.

<sup>41</sup> Al riguardo, l'astratta possibilità, da taluno menzionata (G. PARODI, *La proroga delle concessioni demaniali marittime tra disapplicazione e incidente di costituzionalità. Questioni aperte, opacità della giurisprudenza*, cit.), che il legislatore nazionale preveda, comunque, una procedura selettiva, pare da escludere, considerata la quasi unanime posizione delle forze politiche presenti in Parlamento.

<sup>42</sup> L'Adunanza Plenaria ha ritenuto che la “scarsità di risorse” è acclarata nell'intero territorio nazionale, poiché «i dati forniti dal sistema informativo del demanio marittimo (SID) del Ministero delle Infrastrutture rivelano che in Italia quasi il 50% delle coste sabbiose è occupato da stabilimenti balneari, con picchi che in alcune Regioni (come Liguria, Emilia-Romagna e Campania) arrivano quasi al 70%. Una percentuale di occupazione, quindi, molto elevata, specie se si considera che i tratti di litorale soggetti ad erosione sono in costante aumento e che una parte significativa della costa ‘libera’ risulta non fruibile per finalità turistico-ricreative, perché inquinata o comunque ‘abbandonata’. A ciò si aggiunge che in molte Regioni è previsto un limite quantitativo massimo di costa che può essere oggetto di concessione, che nella maggior parte dei casi coincide con la percentuale già assentita. [...] Pertanto, nel settore delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative, le risorse naturali a disposizione di nuovi potenziali operatori economici sono scarse, in alcuni casi addirittura inesistenti, perché è stato già raggiunto il - o si è molto vicini al - tetto massimo di aree suscettibile di essere date in concessione» (par. 24 della sentenza n. 17, par. 25 della sentenza n. 18).

Il Consiglio di Stato si è occupato, altresì, di precisare la nozione di interesse transfrontaliero certo. Lo ha ritenuto sussistente tutte le volte in cui vi sia la «capacità di una commessa pubblica o, più in generale, di un'opportunità di guadagno offerta dall'Amministrazione, di attrarre gli operatori economici di altri Stati membri» (sentenze, cit., par. 15). L'Adunanza Plenaria ha riferito questo interesse all'intero patrimonio costiero nazionale «valutato unitariamente e complessivamente», senza possibilità di parcellizzazione e non, invece, ad una valutazione, caso per caso, come ha fatto la sentenza *Promoimpresa*. «Una simile parcellizzazione – ha osservato il Consiglio di Stato - oltre a snaturare l'indiscutibile unitarietà del settore, si porrebbe in contrasto con la stessa legislazione nazionale (che, quando ha previsto le proroghe, lo ha sempre fatto indistintamente e per tutti, non con riferimento alle singole concessioni all'esito di una valutazione caso per caso) e, soprattutto,

marzo 2023, n. 2192, della Sesta Sezione del medesimo Consiglio di Stato<sup>43</sup>, ove con solo un sesto di aree concedibili assegnate nel territorio del Comune di Manduria (TA), si è ritenuta dimostrata la scarsità della risorsa.

Invece, per misurare correttamente la disponibilità della risorsa non si può semplicemente sottrarre dal complesso delle aree concedibili lungo i litorali marittimi, lacuali e fluviali i tratti attualmente oggetto di concessioni. Invero, questo calcolo è improponibile per il solo fatto che il necessario punto di partenza non può che essere la presa in considerazione delle sole aree “balneabili”<sup>44</sup>, dalle quali vanno pure sottratte le aree costiere appartenenti al demanio militare nonché le aree portuali.

Naturalmente, la riconduzione della zona all’una o all’altra categoria può modificarsi nel tempo. Invero, prima dell’apertura della stagione balneare, le Agenzie regionali per la protezione ambientali (ARPA), in collaborazione con le Regioni, confrontano i dati riferiti alla stagione balneare precedente con le nuove analisi a campione. Le Regioni delimitano i tratti di costa nei quali è interdetta la balneazione, che viene resa esecutiva mediante ordinanza del sindaco territorialmente competente<sup>45</sup>.

La fotografia dell’Italia, che presumibilmente uscirà dalla mappatura in corso è quella di un Paese che presenta tratti costieri fortemente antropizzati, in cui vi è una presenza, a volte capillare, di stabilimenti balneari e tratti, invece, soprattutto posti al di fuori dei centri urbani e dei luoghi di insediamento turistico, nei quali vi sono numerose estensioni di litorale, marittime, lacuali e fluviali, suscettibili di fare oggetto di concessione.

Talune zone, poi, rientranti nell’una o nell’altra categoria, possono, a loro volta, presentare “un interesse transfrontaliero certo”, perché le concessioni che vi insistono, per il valore stimato o l’ubicazione possono attrarre l’interesse di operatori di altri Stati membri dell’Unione. Peraltro è bene avvertire che il detto il diritto di stabilimento, oltre ad essere, come pacifico, invocabile da persone fisiche e giuridiche di uno Stato membro diverso dall’Italia, può essere fatto valere anche da cittadini e imprese italiane. Invero, proprio per evitare le c.d. discriminazioni a rovescio che ne sarebbero derivate, l’art. 53 della legge 24 dicembre 2012, n. 234<sup>46</sup>, ha da tempo stabilito che «nei confronti dei cittadini italiani non

---

darebbe luogo ad ingiustificabili ed apodittiche disparità di trattamento, consentendo solo per alcuni (e non per altri) la sopravvivenza del regime della proroga ex lege» (sentenze, cit., par. 16). Per una critica dell’approccio dei giudici di Palazzo Spada quanto alla portata della nozione di “interesse transfrontaliero certo”, v. F. FERRARO, *Diritto dell’Unione europea e concessioni demaniali*, cit., pp. 363-364.

<sup>43</sup> In questa sentenza, infatti, il Consiglio di Stato, in un *obiter dictum*, senza riferimento ad una domanda specifica, ha preso in esame la situazione presente nel Comune di Manduria, ove «l’arenile concedibile per finalità turistico ricreative è di appena 3 km, di cui 500 mt già assegnati in concessione» ed è giunto alla conclusione che «nel detto Comune sia dimostrata la scarsità del bene di che trattasi».

<sup>44</sup> Come noto, quanto alla balneazione, le relative zone, ai sensi della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2006/7/CE, relativa alla gestione delle acque di balneazione, che abroga la direttiva 76/160/CE (GUUE, 4 marzo 2006, L64, p. 17), possono essere distinte in: *a*) zone balneabili, quando secondo la campionatura prevista dalle misurazioni previste dalla legge, i valori riscontrati sono al di sotto delle soglie di legge per tutti i parametri considerati; *b*) zone temporaneamente balneabili, quando a seguito di plurime verifiche l’esito delle analisi indicano il superamento delle soglie di legge per almeno un parametro; *c*) zone non balneabili, in quanto da sottoporre a provvedimenti di bonifica.

<sup>45</sup> Talune Regioni, poi, hanno stabilito la percentuale delle spiagge, che devono restare libere o libere-attrezzate, rispetto a quelle che possono essere date in concessione.

<sup>46</sup> Norme generali sulla partecipazione dell’Italia alla formazione e all’attuazione della normativa e delle politiche dell’Unione europea. Per la verità, la previsione di una effettiva parità di trattamento dei cittadini italiani rispetto a quelli degli altri Stati membri, beneficiari dei diritti derivanti dall’ordinamento dell’Unione, fu stabilita, inizialmente, dall’art. 2, lettera h) della legge 18 aprile 2005, n. 62 (Legge comunitaria 2004), con riferimento ai decreti legislativi di recepimento degli obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia all’Unione europea.

trovano applicazione norme dell'ordinamento giuridico italiano o prassi interne che producano effetti discriminatori rispetto alla condizione e al trattamento garantiti nell'ordinamento italiano ai cittadini dell'Unione europea».

Ciò detto, l'interesse transfrontaliero certo sussiste, per definizione, nelle aree a forte sviluppo turistico; non si deve escludere, tuttavia, che aree in cui, allo stato, non sono presenti, o sono poco sviluppate gli stabilimenti balneari<sup>47</sup>, possano, in processo di tempo, accendere l'interesse di operatori transfrontalieri.

Ciò induce a ritenere che siano concepibili regimi distinti, asserviti pure a forme di pubblicità differenti. Nelle zone in cui la risorsa è scarsa troverà applicazione, salvo quanto dirò a breve, la direttiva servizi, in particolare l'art. 12, come interpretato dalla Corte di giustizia nelle sentenze *Promoimpresa* del 2016 e *Comune di Ginosa* del 2023. Nelle zone in cui vi sia l'interesse transfrontaliero certo troverà invece applicazione l'art. 49 TFUE, in combinato con il menzionato art. 53 della legge 234/2012. In ogni caso, c'è da tenere presente che la sentenza *Comune di Ginosa*, pur non avendo escluso un approccio generale e astratto a livello nazionale, ha espresso una chiara preferenza per il metodo caso per caso a livello dell'amministrazione competente al rilascio della concessione. Questo *favor*, quindi, per il livello che in Italia è quello comunale, consente, infatti, per i giudici di Lussemburgo, di assicurare «l'appropriatezza dell'attuazione concreta... [degli] obiettivi» della direttiva (punto 47).

Ciò a meno di un cambiamento di giurisprudenza della Corte, adita in via pregiudiziale con solide motivazioni, volte, ad esempio, a far ricondurre le concessioni balneari alla locazione di beni, come i giudici di Lussemburgo avevano correttamente fatto nella sentenza *CO.GE.P.* del 2007. Ipotizzare un *revirement* della Corte di giustizia<sup>48</sup>, nel momento attuale, appare abbastanza difficile, ma non si può certamente escludere. In previsione della scadenza delle concessioni, le controversie di certo non mancheranno. Immagino vi saranno coinvolti pure avvocati specialisti del diritto dell'Unione, che presenteranno memorie accurate, comprensive di proposte di questioni pregiudiziali, ricevibili e adeguatamente motivate, le quali saranno lette e valutate da giudici amministrativi perspicaci, che, per un verso, non si faranno impressionare dalle assai criticate sentenze “gemelle” dell'Adunanza Plenaria e, per altro verso, avranno auspicabilmente una conoscenza del diritto dell'Unione europea e, in particolare, della giurisprudenza della Corte di giustizia, migliore rispetto a quanto dimostrato dal TAR Puglia, sede di Lecce.

Inoltre, c'è da tenere presente l'ipotesi che il funzionario dell'ente locale sia esposto a responsabilità per danno erariale, in quanto la Corte dei conti, già con la sentenza 30 marzo 2009 n. 486, ha riconosciuto che l'omissione di una gara pubblica per assegnare le

---

Successivamente, con l'art. 6, lettera d) della legge 7 luglio 2009, n. 88 (Legge comunitaria 2008) al principio di non discriminazione *a contrario* venne reso esplicito e con portata di carattere generale, introducendo l'art. 14-bis della legge 4 febbraio 2005, n. 11, il cui n. 2 è formulato nei medesimi termini poi ripresi testualmente nell'art. 53 della legge 234/2012.

<sup>47</sup> Secondo l'art. 4, par. 1, decreto legislativo 23 maggio 2011 n. 79, recante il Codice della normativa statale in tema di ordinamento e mercato del turismo, «sono imprese turistiche quelle che esercitano attività economiche, organizzate per la produzione, la commercializzazione, l'intermediazione e la gestione di prodotti, servizi, tra cui gli stabilimenti balneari».

<sup>48</sup> Sulla questione, v., E. CALZOLAIO, *Il valore di precedente delle sentenze della Corte che di giustizia*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2009, pp. 41-72; M. JACOB, *Precedents and Case-Based Reasoning in the European Court of Justice, Unfinished Business*, Cambridge, 2014; B. BERTRAND, *Le revirement de jurisprudence devant la Cour de justice de l'Union européenne*, in G. LE FLOCH, M. LENEY (dir.), *Le revirement de jurisprudence en droit international*, Paris, 2021, pp. 229-240; L. NAVEL, *L'argument de continuité jurisprudentielle de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, 2021.

concessioni, laddove necessaria, è suscettibile di configurare danno erariale per la perdita di un possibile incremento di entrate a beneficio dell'ente.

In tutte le controversie indicate è possibile ai patroni delle parti di sollecitare il giudice competente a porre una domanda pregiudiziale alla Corte di giustizia. Ovviamente, una domanda pregiudiziale ben motivata<sup>49</sup>, che richieda espressamente alla Corte di modificare la propria giurisprudenza non basta, in quanto costituisce solo il presupposto di un eventuale *revirement*. È assolutamente indispensabile, poi, che la difesa del Governo italiano faccia la sua parte. Anzitutto, chiedendo che la causa sia giudicata dalla Grande Sezione. Ciò esclude, di per sé, come invece è accaduto nella recente sentenza *Comune di Ginosa*, che la trattazione orale sia omessa e che la decisione della Corte non sia preceduta dalle conclusioni dell'avvocato generale.

Per le ragioni già indicate, non potrà far parte della Grande Sezione il giudice italiano, e quindi il Collegio non potrà essere illuminato da chi meglio conosce l'ordinamento in questione. A prescindere, comunque, dalla ricordata previsione dell'art. 18 dello Statuto della Corte, la prassi non vuole coinvolto il giudice di una determinata nazionalità, allorché le questioni sottoposte alla Corte presentino profili "sensibili" per lo Stato di cittadinanza e sicuramente la questione delle concessioni balneari è divenuta estremamente sensibile. L'assenza del giudice che meglio conosce l'ordinamento italiano impone, quindi, ai difensori delle parti una particolare capacità nell'instradare la Corte rispetto alle risposte che essa è chiamata a dare al giudice nazionale, pur nel limite di pagine richiesto per le osservazioni scritte<sup>50</sup>.

Sono ben consapevole che, dopo la sentenza *Comune di Ginosa*, il margine per un mutamento di giurisprudenza si sia fatto particolarmente ristretto e sono altrettanto persuaso che avessero perfettamente ragione quanti, a proposito della sentenza *Promoimpresa*, rilevarono che la concezione affermata dalla Corte - sulla scia, beninteso, delle tesi sostenute dalla Commissione europea - fosse stata «iper-concorrenziale», tanto da sostenere che, «se assunta in modo estremistico», pone addirittura qualche dubbio di compatibilità rispetto all'art. 3, comma 3 e all'art. 4 TUE<sup>51</sup>. Ciò detto, ritengo che argomenti a sostegno di un *revirement* della Corte possano essere ancora prospettati. Sempre che si trovino interlocutori attenti, prima di tutto nel Foro e poi nelle Corti!

## 11.2. *Forme adeguate di pubblicità dell'avvio del procedimento concessorio*

<sup>49</sup> Le raccomandazioni della Corte all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale (GUUE, 8 novembre 2019, C 380), al punto 18, suggeriscono che il giudice del rinvio possa anche indicare sinteticamente il suo punto di vista sulla risposta da dare alle questioni pregiudiziali sottoposte. Sul rinvio pregiudiziale si v., da ultimo, l'accurata sintesi di B. NASCIBENE, *Il rinvio pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea: disciplina e indicazioni pratiche*, in *Federalismi.it*, 12 luglio 2023, pp. 1-19.

<sup>50</sup> Le *Istruzioni pratiche alle parti, relative alle cause proposte dinanzi alla Corte*, adottate dalla Corte il 10 dicembre 2019 (GUUE, 14 febbraio 2020, L 142, pp. 1-14), prevedono un limite di 20 pagine.

<sup>51</sup> B. CARAVITA DI TORITTO, G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, cit., p. 17, in cui gli Autori aggiungono che «sembra quasi che la Commissione stia esaltando il concetto di economia fortemente competitiva a discapito della tutela - anch'essa fondamentale nel Trattato - dell'economia sociale di mercato (...). Non si può imporre dall'alto ed *ex abrupto* un regime rigido di concorrenza tralasciando del tutto il tessuto sociale di riferimento (fatto di tradizioni, storie, famiglie). (...) Occorre allora un bilanciamento dei valori in gioco. Il compito di 'bilanciare' concorrenza ed economia sociale non può essere affidato allo sforzo della giurisprudenza».

Nelle due procedure di infrazione iniziate dalla Commissione europea, quella del 2009, archiviata nel 2012, e quella aperta nel 2020, ancora allo stadio della lettera di messa in mora, come pure nelle sentenze della Corte di giustizia (*Promoimpresa* del 2016 e *Comune di Ginosa* del 2023), la richiesta fatta all'Italia è sempre stata quella di prevedere l'applicazione di una procedura di selezione che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e consideri, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento.

Si badi, però, che il diritto dell'Unione non impone in alcun modo di assoggettare tutte le concessioni demaniali marittime a procedure competitive. Occorre, infatti, per un verso, ritenere che la disciplina "speciale" dell'art. 12 della direttiva servizi trovi applicazione soltanto in presenza di risorse naturali limitate (e, come ho detto, non è concepibile, come ritenuto da Palazzo Spada, che tutte le aree demaniali costiere presentino una scarsità di risorse naturali concedibili<sup>52</sup>) e che, quindi, solo in tali casi, il detto art. 12 vada preferito all'art. 49 TFUE, laddove, invece, quest'ultima disposizione riprende tutta la sua ragion d'essere, quale regola "generale", applicabile, peraltro, caso per caso. È ben vero che, di per sé, tale norma si applica alle concessioni che presentino un "interesse transfrontaliero certo"; ciò, tuttavia, senza dimenticare il già citato art. 53 della legge 234/2012, che esclude discriminazioni *a contrario* in danno di cittadini e imprese italiane.

Dire procedura di selezione, tuttavia, non significa assolutamente procedere all'affidamento nelle forme tipiche dei contratti di appalto della pubblica amministrazione<sup>53</sup>. Infatti, se si dovesse organizzare una gara d'appalto, le amministrazioni comunali sarebbero chiamate a predisporre, quanto meno, il progetto definitivo delle strutture, lasciando ai concorrenti il confronto solo sul progetto esecutivo. Appare evidente che le amministrazioni comunali, soprattutto quelle medio-piccole, per non parlare di quelle piccolissime non sono manifestamente in grado di svolgere una simile attività istruttoria. Inoltre, bisogna ricordare che la misura del canone non è oggetto di offerta perché è stabilita in relazione alla valenza turistica che i comuni attribuiscono alla zona e agli importi unitari stabiliti dalla legge per le varie categorie, che sono aggiornati agli indici ISTAT<sup>54</sup>.

Per quanto riguarda la pubblicità delle concessioni balneari sia nelle aree dove la risorsa è scarsa sia dove è presente l'interesse transfrontaliero certo, ritengo logico utilizzare la modalità attualmente seguita per il rilascio delle concessioni demaniali di aree e banchine comprese nell'ambito portuale<sup>55</sup>, che prevede la pubblicazione nel Portale del mare gestito dal Ministero delle infrastrutture e delle mobilità compatibili, senza necessità di pubblicazione dell'avviso di indizione della procedura anche sulla *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* e sulla *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea*. Ciò purché il confronto concorrenziale sia effettivo e sia tale da coinvolgere tutti i soggetti potenzialmente interessati.

Diversamente, per la pubblicità delle concessioni balneari di piccole dimensioni, situate nei tratti costieri in cui la risorsa non è scarsa e neppure c'è interesse transfrontaliero certo si

---

<sup>52</sup> Come è accaduto non solo nelle sentenze n. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria ma anche nella citata decisione della VI Sezione del 1° marzo scorso.

<sup>53</sup> R. BERLOCO, *Affidamento concessioni beni demaniali, il Codice dei contratti pubblici non è applicabile tout court*, in *mondobalneari.com* 17 gennaio 2023; A. MONICA, *Le concessioni balneari e l'esigenza di selezione competitiva per il loro affidamento: per il Consiglio di Stato non è imperativo il ricorso alla gara*, in *CERIDAP, Rivista Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni pubbliche*, 2023, n. 1, pp.162-174.

<sup>54</sup> Art. 1, comma 251, legge 2006, n. 296.

<sup>55</sup> Pubblicità prevista ai sensi dell'art. 18 della legge 28 gennaio 1994 n. 84 e ss.mm.ii. e del decreto interministeriale 28 dicembre 2022, n. 202.

può far capo all'art. 18 del regolamento di attuazione del Codice della navigazione, approvato con d.P.R. 328/1952, ove si prevede che il capo del compartimento marittimo ordini la pubblicazione mediante affissione per 20 giorni nell'albo del Comune ove è situato il bene e la inserzione della domanda nel *Foglio degli annunzi legali della Provincia*<sup>56</sup>, integrata, eventualmente sul sito del Demanio marittimo competente.

Entrambe le modalità suggerite, infatti, consentono sia di opporsi che di controproporre e assicurano, pertanto, una selezione ispirata ai principi di *par condicio*, imparzialità e trasparenza.

### 11.3. *L'illegittima proroga, legale e/o giudiziaria delle concessioni*

Occorre, a questo punto, discutere la sorte delle concessioni balneari in essere. Ricordo, in proposito, che, fino all'inizio degli anni Novanta del Novecento<sup>57</sup>, dette concessioni, ai sensi del comma 1 dell'articolo 01 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, avevano una durata di sei anni, prorogabili di altri sei, e così via, a semplice richiesta del concessionario. Poi, la legge 27 dicembre 2006, n. 296, ne aumentò la durata, consentendone il prolungamento fino ad un massimo di venti anni. Quindi, contestualmente al superamento del diritto di insistenza, di cui all'art. 37, secondo comma, secondo periodo del Codice della navigazione, l'art. 1, comma 18, del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, prevede la proroga del termine delle concessioni in essere al 31 dicembre 2012, che la legge di conversione 26 febbraio 2010, n. 25, estese al 31 dicembre 2015.

Nonostante che la legge 15 dicembre 2011, n. 217, avesse abrogato il rinnovo automatico, appena l'anno successivo il menzionato art. 34-*duodecies* della legge fu modificato in sede di conversione dall'art. 1, comma 1, della legge 17 dicembre 2012, n. 221, con l'effetto di prorogare ulteriormente il termine delle concessioni in essere, estendendolo al 31 dicembre 2020.

Successivamente, la legge 145/2018, nelle more di un riordino del sistema, fissò una nuova proroga<sup>58</sup> di 15 anni, fino al 31 dicembre 2033. Questa disposizione, tuttavia, è stata abrogata dalla legge 118/2022, che ha ridotto di dieci anni la durata delle concessioni, fissandola al 31 dicembre 2023, con la possibilità di una proroga massima di un anno, al 31 dicembre 2024, in caso di difficoltà da parte delle amministrazioni concedenti, dovute in particolare a contenziosi. Infine, la vigente legge 14/2023 ha prolungato ulteriormente questi

<sup>56</sup> TAR Campania, sede di Napoli, Sez. VI, sentenza 10 maggio 2021, n. 3082.

<sup>57</sup> Il menzionato regolamento di esecuzione del Codice della navigazione del 1952 distingue, a seconda del periodo di durata e dell'autorità competente al rilascio tre tipologie di concessioni: *a)* quelle di durata inferiore ai quattro anni, che non comportano impianti di difficile rimozione, di competenza del Capo del Compartimento marittimo; *b)* quelle di durata tra i quattro e i quindici anni, di competenza del Direttore marittimo; *c)* quelle di durata superiore ai quindici anni, attribuite alla diretta competenza del Ministro dei trasporti (ora Ministro delle infrastrutture e delle mobilità compatibili). Le infraquadriennali sono rilasciate per licenza, le altre per atto pubblico.

<sup>58</sup> Anche se, sotto il profilo formale, la legge non utilizza l'espressione proroga automatica ma sancisce un'estensione del termine di scadenza di quindici anni delle concessioni, nella visione sostanzialista privilegiata dal diritto dell'Unione, le differenze non sono apprezzabili. In senso contrario v. C. POZZI, P. BELLANDI, *Dalle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo all'impresa balneare: analisi della riforma operata dalla legge n. 145/2018 e considerazioni de iure condendo*, cit., pp. 400-401.

termini di un ulteriore anno, portandoli, rispettivamente al 31 dicembre 2024 ed al 31 dicembre 2025 e stabilendo persino che le concessioni in essere al 27 agosto 2022 (data di entrata in vigore della legge 118/2022) «continuano in ogni caso ad avere efficacia sino alla data di rilascio dei nuovi provvedimenti concessori», mantenendo quindi il concessionario uscente fino all'ingresso del subentrante.

Da questa rapida ricognizione risulta che, salvo i casi individuali di revoca della concessione, tutte quelle in essere al 31 dicembre 2009<sup>59</sup> sono state fin qui oggetto di proroghe automatiche. Ora, la legittimità delle dette proroghe<sup>60</sup>, alla stregua del diritto dell'Unione, risulta essere stata esclusa alla radice dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (sentenze *Promoimpresa* del 2016 e *Comune di Ginosa* del 2023).

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ne ha preso atto. Mi riferisco, ovviamente, alle c.d. sentenze “gemelle” dell'Adunanza Plenaria 2021, quanto alla proroga al 31 dicembre 2033, nonché alla sentenza del 1° marzo 2023<sup>61</sup>, con riferimento alla più recente proroga (al 2024-2025), prevista dalla legge n. 14/2023. Pure il riottoso TAR Puglia, una settimana dopo la sentenza *Comune di Ginosa* della Corte di giustizia, se ne è fatto una ragione<sup>62</sup>.

Né una sorte diversa può essere riservata al differimento dell'efficacia degli effetti delle c.d. sentenze gemelle del Consiglio di Stato del 2021, differimento che dev'essere considerato anch'esso a stregua di proroga automatica<sup>63</sup> e, come tale, contrario al diritto dell'Unione<sup>64</sup>.

<sup>59</sup> Si tratta, beninteso, delle sole concessioni di lunga durata. Ciò risulta per il richiamo fatto dall'art. 1, comma 683 della legge n. 145/2018 al decreto-legge 31 dicembre 2009, n. 194. In tal senso, v. Cass. Civ. S. U., ordinanza 10 gennaio 2023, n. 4591, che dichiara inammissibile il ricorso per eccesso di giurisdizione avverso la sentenza n. 4216/2021 del Consiglio di Stato.

<sup>60</sup> Compresa quella, del dicembre 2009 e del gennaio 2010 - seppure concordate con la Commissione europea - che, al tempo, potevano, probabilmente, trovare giustificazione, *mutatis mutandis*, in quella giurisprudenza (sentenza della Seconda Sezione, 17 luglio 2008, causa C-347/06, *AMS Brescia e Comune di Rodengo Salano c. Associazione Nazionale Industriali del Gas*, ECLI:EU:C: 2008:416), nella quale la Corte riconobbe che né le disposizioni in materia di servizi del Trattato CE (ora TFUE) né il principio di leale cooperazione tra gli Stati membri e l'Unione (allora art. 10 TCE, ora art. 4, par. 3 TUE) né il principio di proporzionalità ostavano a che una normativa di uno Stato membro prevedesse il prolungamento, alle condizioni da essa fissate, della durata del periodo transitorio al termine del quale dovessero cessare definitivamente le concessioni balneari prorogate, sia pure illegittimamente, purché il detto prolungamento potesse essere ritenuto necessario al fine di permettere lo scioglimento dei reciproci rapporti, seppure ormai di mero fatto, in relazione al passaggio dall'attuale situazione al non più procrastinabile riordino del sistema concessorio.

<sup>61</sup> Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 1° marzo 2023, n. 2192.

<sup>62</sup> TAR Puglia, Sez. I, sentenza del 27 aprile 2023, n. 755.

<sup>63</sup> Il detto differimento, tuttavia, ha portato pure a conseguenze paradossali non solo con riguardo ad uno dei giudizi alla base della rimessione all'Adunanza Plenaria, ma anche rispetto a decisioni successive di tribunali amministrativi. Così, il Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana, giudice *a quo* in una delle due sentenze gemelle, con decisione del 4 gennaio 2022, n. 116, pur avendo ritenuto del tutto legittimo il diniego di proroga della concessione, nel prendere atto del differimento, ha addirittura accertato la persistente efficacia della proroga della concessione demaniale marittima sino al 31 dicembre 2023. Inoltre, la Prima Sezione del TAR Puglia, sede di Lecce, con sentenza 21 aprile 2023, n. 523, ha dichiarato improcedibile un ricorso avverso un diniego di avvio della procedura di evidenza pubblica per il rilascio di concessioni demaniali marittime, in quanto, dando applicazione all'art. 3 della legge n. 118 del 2022, ha deciso che “in mancanza dei decreti legislativi volti a riordinare e semplificare la disciplina in materia di concessioni demaniali marittime, al Comune di Porto Cesareo è fatto divieto, allo stato, di avviare la procedura concorrenziale richiesta dalla ricorrente”. V. anche le sentenze del TAR Campania, sede di Salerno, 20 aprile 2023, nn. 887, 888, 889, 890 e 891.

<sup>64</sup> B. BAREL, *Sul potere del giudice nazionale di stabilire l'efficacia nel tempo delle leggi e delle sentenze: disapplicazione differita del diritto interno contrastante col diritto dell'Unione? Considerazioni a margine delle sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nn. 17 e 18 del 9 novembre 2021*, in *L'Ivocorno*, 2022, n. 1, pp. 33-50; M. GIAVAZZI, *Una seducente eresia: la modulazione temporale degli effetti delle sentenze interpretative del giudice della nomofilachia amministrativa negli ambiti di competenza esclusiva della Corte di giustizia*, in *CERIDAP, Rivista Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni*

Analogamente, la previsione del comma 3 dell'art. 10-*quater* della legge n. 14/2023, secondo cui, le concessioni in essere al 27 agosto 2022, che hanno beneficiato di proroghe o rinnovi disposti anche ai sensi della legge 145/2018 e della legge 126/2020, «continuano in ogni caso ad avere efficacia sino alla data di rilascio dei nuovi provvedimenti concessori», realizzando anch'essa una proroga automatica, sia pure limitata nel tempo, va ritenuta incompatibile con il diritto dell'Unione.

Pertanto, sulla base della giurisprudenza sovranazionale e nazionale, le amministrazioni concedenti sono tenute a non applicare le dette proroghe e, segnatamente il detto art. 10-*quater*, commi 2 e 3, in quanto contrastanti con il diritto dell'Unione, dando avvio, quindi, alle procedure per l'assegnazione *ex novo* delle concessioni<sup>65</sup>. Del pari, i controinteressati, che avessero inutilmente sollecitato le amministrazioni a concedere le aree demaniali, potrebbero essere indotti ad impugnare l'eventuale rifiuto espresso (come pure il silenzio-rifiuto) a provvedere. Tutte queste situazioni sono suscettibili di alimentare un contenzioso dall'esito (almeno apparentemente) scontato e richiedono un non più rinviabile intervento del legislatore nazionale.

Infatti, come si legge nella sentenza *Comune di Ginosa*, la Corte, interpretando l'art. 12 della direttiva 2006/123, ha affermato che, ove il numero di autorizzazioni disponibili sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali utilizzabili, «ogni amministrazione è tenuta ad applicare, in forza di tale disposizione, una procedura di selezione tra i candidati potenziali e a garantire che tutte le condizioni previste da detta disposizione siano rispettate, disapplicando, se del caso, le norme di diritto nazionale non conformi» (punto 78).

#### 11.4. Responsabilità del legislatore nazionale ed eventuale intervento della Corte costituzionale

Sul legislatore nazionale, all'evidenza, incombe ora la responsabilità di predisporre una riforma organica del settore, ponendosi finalmente in linea con il diritto dell'Unione europea ed eliminando la pericolosa situazione di incertezza per le amministrazioni e per gli operatori economici generata da un contesto normativo particolarmente frammentato. Ciò eviterebbe, in aggiunta, da un lato, il prodursi di un ineluttabile contenzioso interno.

Nel merito della soluzione da apprestare, il Governo e la maggioranza che lo sostiene in Parlamento, dovrebbero avere il coraggio, che finora è mancato, di abrogare la legge 118/2022, rivedendo e, soprattutto, semplificando i criteri di delega, alcuni dei quali hanno poco o nulla a che vedere con una gestione efficiente, nel superiore interesse pubblico, del

---

*pubbliche*, 2022, fasc. 1, pp. 32-62; G. GRECO, *Nuove regole di applicazione del diritto UE in sede nazionale?* cit., specificatamente, pp. 210-215.

<sup>65</sup> Con riguardo al detto contenzioso è stato correttamente osservato (G. GRECO, *La Corte di giustizia ritorna sulle concessioni balneari precisandone le condizioni: problemi superati e problemi ancora aperti in sede di applicazione nazionale del diritto UE*, cit. spec. pp. 137-143) che l'AGCM, ai sensi della consolidata giurisprudenza del diritto dell'Unione, non sembra legittimata a far valere, pure nei confronti di amministrazioni pubbliche (come è nella controversia *AGCM c. Comune di Ginosa* dinanzi al TAR Puglia, sede di Lecce) disposizioni di una direttiva alle quali sia stato riconosciuto l'effetto diretto, effetto che può essere invocato davanti ai giudici nazionali soltanto da soggetti privati nei confronti di uno Stato membro, non essendo ammissibile l'efficacia diretta "inversa", "rovesciata" o "*in malam partem*". Ciò, beninteso, salvo ad applicare disgiuntamente il principio della prevalenza del diritto dell'Unione ed il principio dell'effetto diretto, operazione che i giudici di Lussemburgo non hanno mai espressamente avallato. Su questi aspetti v., anche, G. PARODI, *La proroga delle concessioni demaniali marittime tra disapplicazione e incidente di costituzionalità. Questioni aperte, opacità della giurisprudenza*, cit.

demanio costiero. Dovrebbe anche essere riaperta la delega di cui alla legge 118/2022, che, non essendo stata oggetto di proroga da parte della legge 14/2023, è scaduta il 27 febbraio 2023, termine entro il quale il Governo avrebbe dovuto adottare i decreti legislativi delegati. Ovviamente, la nuova legge, dovrà essere coerente con i principi della sentenza *Comune di Ginosa* e andrà, beninteso, concordata con la Commissione europea, così da scongiurare sia l'invio del parere motivato sia il successivo deferimento dell'Italia davanti alla Corte di giustizia.

Nelle more dell'approvazione della legge di delega e dei decreti delegati, potrebbero essere mantenute le previsioni del menzionato art. 10-*quater* della legge 14/2023, per il tempo strettamente necessario, fatto salvo il rischio di puntuali disapplicazioni operate dalle amministrazioni concedenti e dai giudici amministrativi, eventualmente aditi<sup>66</sup>.

Naturalmente nel confezionare la nuova legge di delega è opportuno che il Governo tenga conto dei rilievi che il Capo dello Stato ha sollevato in sede di promulgazione della legge 14/2023. Invero, il 24 febbraio 2023, il Capo dello Stato ha inviato ai Presidenti del Senato e della Camera e al Presidente del Consiglio, una lettera<sup>67</sup> nella quale ha osservato che «nel caso odierno, sollevano specifiche e rilevanti perplessità, in particolare, le norme inserite, in sede di conversione parlamentare, in materia di proroghe delle concessioni demaniali e dei rapporti di gestione per finalità turistico-ricreative e sportive».

La lettera fa espresso riferimento al termine relativo all'efficacia delle concessioni demaniali, differito dal 31 dicembre 2023 al 31 dicembre 2024 e al termine entro il quale l'autorità competente può posticipare ulteriormente l'efficacia delle concessioni e dei rapporti in essere, con atto motivato da ragioni oggettive, vale a dire dal 31 dicembre 2024 al 31 dicembre 2025. Inoltre, si rileva che le concessioni e i rapporti in essere continuano in ogni caso ad avere efficacia sino alla data di rilascio dei nuovi provvedimenti concessori e - si aggiunge - fino all'adozione dei decreti legislativi attuativi della delega in materia di affidamento delle concessioni (in scadenza il 27 febbraio 2023) è fatto comunque divieto agli enti concedenti di procedere all'emanazione dei bandi di assegnazione delle concessioni. Inoltre, ai titolari di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali viene consentito il mantenimento dei manufatti amovibili fino al 31 dicembre 2023, con possibili casi di interferenza anche con provvedimenti giudiziari di demolizione in corso.

Ad avviso del Capo dello Stato, le predette disposizioni del decreto-legge e della legge di conversione, «oltre a contrastare con le ricordate definitive sentenze del Consiglio di Stato, sono difformi dal diritto dell'Unione europea, anche in considerazione degli impegni in termini di apertura al mercato assunti dall'Italia nel contesto del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza». Un ulteriore elemento problematico è legato al fatto che, alla luce delle pronunce dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che ha ritenuto «senza effetto perché in contrasto con l'ordinamento dell'Unione europea (...) qualsiasi ulteriore eventuale proroga

---

<sup>66</sup> Tra l'altro, si attende pure la sentenza "in considerazione" del TAR Puglia, sede di Lecce, che ha fissato l'udienza nel merito il prossimo 27 settembre.

<sup>67</sup> Il testo integrale della lettera del 24 febbraio 2023 è disponibile sul sito istituzionale del Quirinale in calce al Comunicato *Il Presidente Mattarella ha promulgato la legge di conversione del DL 198/2022 e ha inviato una lettera ai Presidenti delle Camere e al Presidente del Consiglio*. Su questa prassi di promulgazione da parte del Capo dello Stato, divenuta piuttosto ricca durante la presidenza Mattarella, v. in generale, anche per indicazioni di letteratura, A. RUGGERI, *Verso una prassi di leggi promulgate con "motivazione"...contraria*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 21 luglio 2002, pp. 1 ss.; D. CASANOVA, *Una nuova promulgazione dissenziente: la lettera del Presidente della Repubblica in relazione alla legge di conversione del c.d. decreto milleproroghe (l. n. 14/2023)*, in *Osservatorio Costituzionale*, fasc. 3/2023, pp. 187-204; nello specifico delle concessioni balneari, v. C. BURELLI, *Balneari. Dopo lo stop del Consiglio di Stato e il monito del Quirinale, in attesa della Corte di giustizia*, in *EUblog.eu*, 31 marzo 2023.

che dovesse nel frattempo intervenire”, gli enti concedenti potrebbero ritenersi comunque legittimati a disapplicare le norme in contrasto con il diritto europeo e a indire le gare, mentre i controinteressati potrebbero essere indotti ad impugnare eventuali provvedimenti di proroga delle concessioni, alimentando ulteriormente il contenzioso».

Pur non avendo fatto uso del potere di rinvio di cui all’art. 74 della Costituzione, il Capo dello Stato ha rilevato che «Quanto alle modifiche approvate in materia di concessioni demaniali, è evidente che i profili di incompatibilità con il diritto europeo e con decisioni giurisdizionali definitive accrescono l’incertezza del quadro normativo e rendono indispensabili, a breve, ulteriori iniziative di Governo e Parlamento. Sarà infatti necessario assicurare l’applicazione delle regole della concorrenza e la tutela dei diritti di tutti gli imprenditori coinvolti, in conformità con il diritto dell’Unione, nonché garantire la certezza del diritto e l’uniforme applicazione della legge nei confronti dei soggetti pubblici e privati che operano in tale ambito».

Tutto ciò premesso, non si può sottacere che taluni rilievi formulati nella lettera del Capo dello Stato sembrano poco fondati. Osservo, in primo luogo, che le richiamate sentenze del Consiglio di Stato non possono assolutamente essere considerate “definitive”, in quanto, come detto, non hanno acquisito efficacia di giudicato, risultando gravate da ricorsi pendenti avanti alle Sezioni Unite della Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione<sup>68</sup>, sicuramente al tempo dei rilievi ed ancora oggi.

In secondo luogo, il riferimento all’incidenza delle concessioni balneari sull’apertura del mercato ed ai connessi obblighi assunti in base al PNRR è fuorviante. Invero, come chiarito dalla portavoce della Commissione europea, Veerle Nuyts, nel gennaio 2023, «le concessioni balneari non fanno parte formalmente degli obiettivi del PNRR»<sup>69</sup> e, quindi, non incidono sugli impegni assunti dall’Italia per ricevere i fondi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Probabilmente la confusione è nata per il fatto che il Governo Draghi ha fatto inserire le norme sulle concessioni balneari come emendamento al disegno di legge annuale sulla concorrenza 2021. Infatti, nella decisione di esecuzione del Consiglio del 13 luglio 2021, l’obiettivo M1C2-8, menzionato a p. 532, stabilisce che per incassare la terza rata del PNRR (che era prevista per il 31 dicembre 2022), fosse necessaria «l’entrata in vigore di tutti gli strumenti attuativi (anche di diritto derivato, se necessario) per l’effettiva attuazione e applicazione delle misure derivanti dalla legge annuale sulla concorrenza 2021», che di per sé costituisce una delle riforme “abilitanti” del PNRR. Pertanto, se non sotto il profilo formale, sicuramente sotto il detto profilo sostanziale, l’adozione del decreto delegato di riordino delle concessioni balneari può essere considerato collegato al PNRR<sup>70</sup>.

Come ultima *ratio*, qualora il legislatore nazionale non dovesse assumersi le responsabilità che gli competono e che gli sono richieste anche in nome della certezza del diritto, non resterebbe che sollecitare i giudici a richiedere l’intervento della Corte costituzionale, la quale, se del caso previo rinvio pregiudiziale, con una pronuncia avente efficacia *erga omnes*, darebbe garanzia di effetto uniforme sull’intero territorio nazionale, ben diversamente da quanto realizzato dalle sentenze “gemelle” dell’Adunanza Plenaria del

<sup>68</sup> C. CURTI GIALDINO, G. MARCHEGIANI, *Sull’eccesso di potere giurisdizionale quale vizio delle sentenze dell’Assemblea Plenaria del Consiglio di Stato in materia di concessioni demaniali marittime nell’ottica del diritto dell’Unione europea*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2022, pp. 289-302.

<sup>69</sup> ANSA, *Scontro Meloni-Ue sui balneari. Governo chiede deroga Bruxelles dice no*, 23 gennaio 2023.

<sup>70</sup> Per il collegamento tra concessioni balneari e PNRR, v. M. GOLLA, *Il Consiglio di Stato, l’Europa e le “concessioni balneari”: si chiude una – annosa – vicenda o resta ancora aperta?* cit., spec. pp. 415-416.

Consiglio di Stato, peraltro tuttora *sub iudice*, essendo pendente, come ricordato, il ricorso avanti alle Sezioni Unite della Cassazione<sup>71</sup>.

Qualora, poi, come immagino, la Consulta dovesse giudicare incostituzionale, *in parte qua*, la legge 14/2023, per contrasto con gli artt. 11 e 117, primo comma, della Costituzione, il Giudice delle leggi, previo un auspicabile rinvio pregiudiziale, potrebbe modulare nel tempo gli effetti della propria dichiarazione di incostituzionalità, assegnando al Parlamento un tempo ragionevole per realizzare quella riforma di sistema delle concessioni balneari, di cui si favoleggia da troppi anni e rispetto alla quale, tuttavia, non si è finora coagulata la volontà politica<sup>72</sup>. Questo tempo potrebbe essere comprensivo pure del periodo necessario al Governo per adottare i decreti delegati sulla base di nuovi principi e criteri di delega nonché del tempo indispensabile alle amministrazioni concedenti per assegnare tutte le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali, regolarizzando, una volta per tutte, quest'anomalia tutta italiana<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> L'udienza di trattazione è stata fissata per il prossimo 24 ottobre.

<sup>72</sup> Ricordo, senza pretese di completezza: *a*) lo schema di decreto legislativo predisposto, durante il Governo Berlusconi IV, dopo la presentazione al Senato, il 5 agosto 2010, del disegno di legge recante la Legge comunitaria 2010, dal Ministro per gli affari regionali Raffaele Fitto, i cui lavori furono interrotti con le dimissioni di quell'Esecutivo il 12 novembre 2011; *b*) lo schema di decreto legislativo di cui alla bozza del Ministro per gli affari regionali, il turismo e lo sport, Piero Gnudi, durante il Governo Monti; *c*) lo schema di disegno di legge, predisposto durante il Governo Renzi e cui si occuparono, soprattutto, i sottosegretari Pier Paolo Baretta (Economia e finanze), Sandro Gozi (Affari europei) e Francesca Barracciu (Beni ed attività culturali e turismo); *d*) il disegno di legge, presentato alla Camera dei Deputati, dal Governo Gentiloni Silveri, più noto come disegno di legge Pizzolante-Arlotti, dai nomi dei due relatori di maggioranza, rispettivamente, alla 6<sup>a</sup> e alla 10<sup>a</sup> commissione permanente.

<sup>73</sup> Anomalia, si badi, abbastanza recente, risalendo alla modifica apportata nel 1993, durante il Governo Ciampi, all'art. 37 del codice della navigazione. In effetti, se si legge la versione originaria di questa norma, quale adottata nel 1942, si comprende che il rispetto delle regole di concorrenza nell'assegnazione delle concessioni non fosse affatto estraneo alla codificazione. Si stabiliva, infatti, al primo comma, che “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. Ai sensi del terzo comma, poi, “qualora non ricorrano le ragioni di preferenza di cui ai precedenti commi, si procede a licitazione privata”. Queste formulazioni riecheggiano, d'altra parte, il regio decreto 1° dicembre 1895, n. 796, recante approvazione del regolamento per la vigilanza e per le concessioni delle spiagge dei laghi pubblici e delle relative pertinenze, il quale disponeva, all'art. 10, che “quando la stessa area fosse domandata da due o più persone e l'uso cui intendessero destinarla fosse identico, o, se diverso, non costituisse un titolo di preferenza, avuto riguardo ai bisogni e agli interessi pubblici, la concessione si farà a mezzo di pubblici incanti in via di aumento al canone stabilito dall'amministrazione”.