



Dipartimento
di Impresa e Management

Cattedra di Diritto Pubblico
Dell'Economia

**LA DIRETTIVA
BOLKESTEIN E LE
CONCESSIONI DEMANIALI
MARITTIME**

Prof. Mirella Pellegrini

RELATORE

Francesco Di Palma
Matr. 240061

CANDIDATO

Anno Accademico 2021/2022

LA DIRETTIVA BOLKESTEIN E LE CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME

INDICE

INTRODUZIONE

CAPITOLO I

1) SISTEMA DELLE FONTI EUROPEE E RAPPORTI CON L'ORDINAMENTO NAZIONALE

- 1.1 Fonti Europee di diritto primario e secondario.
- 1.2 Rapporti tra ordinamento europeo e ordinamento nazionale.
- 1.3 I principi ordinatori esterni: attribuzione, sussidiarietà e proporzionalità e clausola di cd. flessibilità.
- 1.4 Le direttive self executing alla luce delle sentenze Marshall (1986); Foster (1990) e Farner (2017).
- 1.5 Lo sviluppo della Soft Law nell'ambito della regolazione Finanziaria dell'UE.

CAPITOLO II

2) LA DIRETTIVA BOLKESTEIN E LA LIBERALIZZAZIONE DEI SERVIZI.

- 2.1 La libertà di stabilimento e la definizione del concetto di “interesse transfrontaliero certo” ai sensi dell'art. 49 del TFUE.
- 2.2 L'art. 12 par. 2 della direttiva ed il concetto di “scarsità delle risorse naturali”.
- 2.3 Sull'applicabilità della Direttiva “servizi” alle concessioni demaniali e sulla natura self-executing.

CAPITOLO III

3) IL CASO ITALIANO: LA PROROGA DELLE CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME.

- 3.1 Il contesto normativo italiano.
- 3.2 La prima procedura di infrazione n. 2008/4908.
- 3.3 La proroga delle concessioni demaniali marittime e la sentenza “Promoimpresa” Corte Giust. Eur. 14.07.2016, C-458 e C-67/15.

3.4 La nuova disciplina delle concessioni demaniali marittime (art. 1 commi 675-684 della L. 30 dicembre 2018) – Proroga delle concessioni demaniali e nuova procedura di infrazione.

3.5 L’Approdo delle Adunanze Plenarie Consiglio di Stato nn. 17 e 18 del 9 novembre 2021.

3.6 I rilievi critici alle Adunanze Plenarie.

3.7 L’ordinanza TAR Lecce n. 743/2022 ed il rinvio alla Corte di Giustizia.

CONCLUSIONI

Bibliografia

INTRODUZIONE

La direttiva dell'Unione Europea 2006/123/CE, più conosciuta come Direttiva Bolkestein, è la direttiva relativa ai *“servizi nel mercato interno”*.

Approvata dalla Commissione Europea il 12 dicembre 2006 e recepita nell'ordinamento italiano con d.lvo n. 59/2010, essa prende il nome da Frits Bolkestein, allora Commissario per la concorrenza e il mercato interno.

Conformemente all'articolo 14, paragrafo 2, del Trattato, scopo della *“direttiva servizi”* è favorire la libera circolazione dei servizi e l'abbattimento delle barriere tra i vari Paesi *quale “strumento essenziale per rafforzare l'integrazione fra i popoli europei e per promuovere un progresso economico e sociale equilibrato e duraturo”* (considerando 1).

A tal fine, l'art. 9 della Direttiva in questione prevede la possibilità per gli Stati membri di subordinare l'accesso ad un'attività di servizio ed il suo esercizio ad un regime di autorizzazione. Il considerando 39 precisa che la nozione di *“regime di autorizzazione”* dovrebbe comprendere, in particolare, *“le procedure amministrative per il rilascio di autorizzazioni, licenze, approvazioni o concessioni...”*.

L'art. 12 dispone, inoltre, che *“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* (paragrafo 1).

Nei casi di cui al paragrafo 1 – precisa ancora la norma – *“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”* (paragrafo 2).

Alla luce di tale quadro normativo deriva che, in attuazione del principio di libertà di servizi, l'attività economica possa essere svolta senza necessità di ottenere un previo titolo abilitativo dalla pubblica amministrazione. Se però il bene è per sua natura scarso, e dunque non accessibile a tutti, la selezione dell'operatore economico, dovrà avvenire mediante procedure di gara, le quali non possono essere impedita da meccanismi automatici di proroga delle concessioni in essere.

Il problema del rispetto della Direttiva Bolkestein si è posto - in Italia - per le concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative (*“balneari”*), soggette alla disciplina

del Regio Decreto 30 marzo 1942 n. 327 (Codice della navigazione) il cui all'art. 37 prevedeva (prima che fosse abrogato dall'art. 1, co. 18 del D.L. 30 dicembre 2009, conv. L. 26 febbraio 2010 n. 25) il cd. diritto di insistenza, stabilendo che è *“data la preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze”* In altri termini, veniva accordata al precedente concessionario una *“preferenza”* rispetto agli altri concorrenti, nel momento in cui l'amministrazione, dopo la scadenza della concessione, intendeva procedere ad un nuovo sistema di affidamento tramite gara o procedura comparativa.

Al cd. diritto di insistenza, il legislatore italiano, con d.l. n. 400/1993, ha affiancato – per le concessioni demaniali marittime rilasciate a coloro che esercitano attività cd. turistico ricreative (*“balneari”*) – sia la durata predeterminata di sei anni che l'automaticità del rinnovo, di fatto escludendo la possibilità di espletare le procedure selettive richieste dalla Comunità europea.

L'incompatibilità del diritto nazionale italiano con quello comunitario ha indotto, come vedremo, la Comunità Europea, a più riprese, ad avviare procedure di infrazione nei confronti dell'Italia.

La *vexata quaestio* delle proroghe delle concessioni demaniali marittime sembra aver trovato il definitivo approdo giurisprudenziale nelle sentenze gemelle dell'Adunanza plenaria nn. 17 e 18 del 9 novembre 2021.

CAPITOLO I - II SISTEMA DELLE FONTI EUROPEE E RAPPORTI CON L'ORDINAMENTO NAZIONALE

1.1 Fonti Europee di diritto primario e secondario.

Le Fonti del diritto sono gli atti ed i fatti che producono le norme costitutive di un ordinamento giuridico. Nell'ambito delle stesse possiamo distinguere tra *Fonti di produzione* (ovvero che producono il diritto oggettivo) e *Fonti sulla produzione* (ovvero che disciplinano gli organi e le procedure di formazione del diritto¹).

Il sistema normativo europeo comprende:

- a. Fonti di diritto primario;
- b. Fonti di diritto secondario.

a. Le prime includono:

- i **Trattati istitutivi** (Tue e Tfe) ai quali l'art. 6 del Tue equipara la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000 (cd. Carta di Nizza). I Trattati si pongono al vertice della gerarchia delle fonti comunitarie, costituiscono la "*Carta costituzionale fondamentale*"² dell'UE e sono gerarchicamente sovraordinati al diritto derivato;
- i **principi generali del diritto europeo** (gran parte dei quali frutto dell'elaborazione giurisprudenziale), tra questi: il principio del primato del diritto comunitario e dell'effetto diretto;
- i **principi espressamente previsti dal Trattato**; i principi di attribuzione, sussidiarietà e proporzionalità, cui si aggiungono i principi di uguaglianza e di leale collaborazione;

¹ V. Lemma, E. Stippoli, *Il Sistema delle fonti* in Corso di Diritto Pubblico dell'Economia a cura di M. Pellegrini, WOLTERS KLUWER ITALIA, 2016, pp.105-116.

² Così parere della Corte di Giustizia n. 1/91 del 14 dicembre 1991, in cui si precisa che il Trattato CE, benché concluso in forma di accordo internazionale, costituisce la Carta costituzionale di una comunità di diritto.

- i **principi generali del diritto**, comuni agli ordinamenti degli Stati membri ovvero: il principio di certezza del diritto, di legittimo affidamento, di legalità, del contraddittorio.
- b. Le **fonti di diritto derivato** – ai sensi dell’art. 288 Tfu – sono invece:
- i **Regolamenti**, aventi portata generale, obbligatori in tutti i suoi elementi e direttamente applicabili in ciascuno Stato membro. Essi rappresentano l’equivalente della legge negli ordinamenti nazionali;
 - le **Direttive** sono vincolanti per gli Stati membri riguardo al risultato da raggiungere, “*salva la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi*”. Esse richiedono di norma un atto di recepimento nell’ordinamento nazionale, entro un termine indicato, pertanto, non sono direttamente applicabili (salvo quanto si dirà in seguito per le cd direttive self – executing);
 - le **Decisioni**, al pari dei regolamenti, sono obbligatorie in tutti i loro elementi. A differenza dal regolamento non hanno portata generale ma individuale in quanto si rivolgono ai destinatari dalle medesime indicati (siano essi Stati, persone fisiche o giuridiche). Generalmente adottate per disciplinare casi concreti, corrispondono sostanzialmente ad un atto amministrativo dei sistemi giuridici nazionali;
 - le **Raccomandazioni**, insieme ai Pareri, sono atti non vincolanti a carattere esortativo indirizzate agli Stati membri, a soggetti privati o istituzioni europee, al fine di orientare il loro comportamento;
 - i **Pareri** sono comunicazioni di carattere conoscitivo mediante le quali le istituzioni esprimono opinioni, anche di natura tecnica, su determinate materie.

1.2 Rapporti tra ordinamento europeo e ordinamento nazionale.

L’Unione Europea (UE) è un’organizzazione internazionale creata sulla base di Trattati. I Trattati internazionali sono accordi tra due o più Stati, diretti a regolare i rapporti tra gli stessi.

Il Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea (che dal 1993 ha assunto il nome di CE) è stato sottoscritto a Roma il 25 marzo 1957, insieme al Trattato che istituisce la comunità europea dell'energia atomica (TCEEA), da cui il nome di "Trattati di Roma" e più volte modificato³, fino alla sottoscrizione del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, ratificato con L. 2 agosto 2008, n. 130.

La peculiarità dei Trattati istitutivi dell'UE (TUE e TFUE), che costituiscono il diritto comunitario *cd. primario*, sta nel fatto che essi danno vita ad un ordinamento giuridico nuovo, dotato di proprie istituzioni, a favore del quale gli Stati membri hanno rinunciato - in specifici settori - alla loro sovranità e che riconosce come soggetti giuridici non soltanto gli Stati membri, ma anche i cittadini degli ordinamenti statali.

In particolare, le norme dei Trattati producono sempre effetti *cd. diretti verticali*, con il riconoscimento in capo a persone fisiche e giuridiche di situazioni giuridiche attive nei confronti degli Stati membri⁴; mentre producono effetti *cd. orizzontali*, ovvero riconoscono al cittadino comunitario di invocare la norma comunitaria nei confronti di altra persona fisica o giuridica, solo in presenza di previsioni immediatamente precettive. Il fatto che tali Trattati siano stati immessi nell'ordinamento italiano attraverso leggi ordinarie di ratifica ha sollevato non pochi problemi, soprattutto nei casi di conflitto tra diritto comunitario e quello interno. Ed invero, essendo le fonti europee immesse nel nostro ordinamento con legge ordinaria, si riteneva che il Trattato spiegasse l'efficacia ad esso conferita dalla legge di esecuzione.

In assenza di una norma costituzionale che attribuisse espressa rilevanza al diritto comunitario, la dottrina e la giurisprudenza costituzionale hanno rinvenuto il fondamento costituzionale dell'immissione nel nostro ordinamento dei Trattati in esame nell'art. 11 della Cost. laddove prevede che l'Italia "*consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni*".

Il dibattito sul primato del diritto comunitario contrastante con quello nazionale ha seguito, nel corso del tempo, differenti percorsi ricostruttivi, muovendo dalla concezione monista (Corte di Giustizia) ovvero dualista (Corte Costituzionale) degli ordinamenti.

³ Il Trattato di Roma, è stato modificato dapprima dall'Atto Unico Europeo (1986); dal Trattato sull'Unione Europea (Maastricht, 1992), dal Trattato di Amsterdam (1997), dal Trattato di Nizza (2001).

⁴ In termini, la prima storica sentenza della Corte di Giustizia UE 5 febbraio 1963, *van Gend & Loos*, C-26/62 in eurlex.europa.eu.

Esso è stato risolto dalla Corte di Giustizia⁵ e dalla Corte costituzionale⁶ riconoscendo **il primato del diritto europeo** e la sua prevalenza sulle fonti legislative interne con esso confliggenti, da attuarsi mediante il meccanismo della cd. “disapplicazione” della norma interna incompatibile con quella europea⁷.

Ed invero, alla concezione monista da sempre sostenuta dalla Corte di Giustizia (per la quale le fonti comunitarie e quelle nazionali sono configurate come integrate in un solo sistema, ordinato secondo il criterio della gerarchia tra norme comunitarie ed interne, che vede il primato delle fonti europee sul diritto nazionale)⁸, si è contrapposta la concezione dualista sostenuta dalla Corte Costituzionale⁹ (per la quale viceversa le disposizioni comunitarie si configurano come un ordinamento separato ed autonomo anche se coordinato con quello nazionale secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dal Trattato).

Il percorso evolutivo seguito dalla Corte Costituzionale è passato attraverso 3 diverse fasi:

- ❖ Nella **1° Fase**, segnata dalla storica sentenza 7 marzo 1964 n. 14, la Corte, muovendo dalla ritenuta sussistenza di un rapporto di equi-ordinazione tra ordinamento comunitario e nazionale, riteneva che una norma italiana successiva doveva prevalere su una norma comunitaria precedente con essa in contrasto.
- ❖ Nella **2° Fase**, che prende le mosse dalla nota pronuncia n. 183 del 1973 - *Frontini*, la Corte Cost. ha riconosciuto per la prima volta il primato del diritto comunitario. La base giuridica dell’assunto è stato rinvenuto nell’art. 11 Cost. laddove prevede la possibilità che l’Italia acconsenta a limitazioni della sovranità a condizione di parità con gli altri Stati membri. In questa fase, al giudice nazionale non veniva ancora riconosciuta la facoltà di disapplicare la

⁵ Corte Giust. Un. Eur. 15.07.1964, C-6/64, Costa c. Enel secondo cui «il diritto nato dal trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa comunità. Il trasferimento, effettuato dagli stati a favore dell’ordinamento giuridico comunitario, dei diritti e degli obblighi corrispondenti alle disposizioni del trattato implica quindi una limitazione definitiva dei loro diritti sovrani, di fronte alla quale un atto unilaterale ulteriore, incompatibile col sistema della comunità, sarebbe del tutto privo di efficacia. l’art. 177 va quindi applicato, nonostante qualsiasi legge nazionale, tutte le volte che sorga una questione d’interpretazione del trattato» in eur-lex.europa.eu.

⁶ Corte Cost. n. 232 del 1975 Industrie Chimiche Italia Centrale e n. 183 del 1973, *Frontini* – Corte Cost. n. 170 del 1984 *Granital* in www.cortecostituzionale.it.

⁷ Sulla primazia del diritto dell’Unione cfr, inter alia, Corte giust. 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, punto 24; 4 giugno 1992, cause riunite C- 13/91 e C- 113/91, *Debus*, punto 32; 18 luglio 2007, C- 119/05, *Lucchini*, punto 61; 27 ottobre 2009, C- 115/08, *ČEZ*, punto 138; 19 novembre 2009, C-314/08, *Filipiak*, punto 81; 22 giugno 2010, C- 188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli*, punto 43; 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åkerberg Fransson*, punto 45

⁸ Corte Giust. UE, 15 luglio 1964, C-6/64, Costa c. Enel, intervenuta sulla questione di legittimità costituzionale della L. 6 dicembre 1962, n. 1643, istitutiva dell’ente nazionale per l’energia elettrica (ENEL); Corte Giust. UE, 9 marzo 1978, *Simmenthal*, C-106/77 in eur-lex.europa.eu.

⁹ Corte cost. 8 giugno 1984, n. 170; Corte cost. 11 luglio 1989, n. 389; Corte cost. 18 aprile 1991, n. 168.

norma interna contrastante ma solo quella di sollevare questione di costituzionalità della norma interna per violazione dell'art. 11 Cost.

- ❖ Nella **3° Fase**, segnata dalla storica sentenza *Granital* 8 giugno 1984 n. 170 la Corte ha riconosciuto al giudice italiano il potere di disapplicare direttamente, senza ricorrere alla Corte Costituzionale, l'eventuale legge ordinaria contrastante con un regolamento comunitario precedente. La disapplicazione della norma interna, secondo la Corte, non implica l'invalidità della norma interna incompatibile con quella europea (perché l'invalidità presuppone il contrasto con una norma superiore non rinvenibile nel caso di ordinamenti autonomi e separati) tantomeno l'abrogazione, bensì uno stato di quiescenza¹⁰.

Pur riconoscendo al giudice ordinario il compito di “non applicare” la disposizione interna in contrasto con il diritto comunitario, la Corte Costituzionale si è, tuttavia, riservata un potere di intervento laddove la norma europea legiferi in contrasto con principi costituzionali.

Sotto questo profilo, vengono in rilievo le cd. clausole di salvaguardia a protezione dei valori fondamentali che definiscono l'identità costituzionale nazionale (**cd controlimiti**).

Più precisamente la Corte ha affermato che *“il Diritto dell'Unione e le sentenze della Corte di giustizia che ne specificano il significato ai fini di un'uniforme applicazione, non possono interpretarsi nel senso di imporre allo Stato membro la rinuncia ai principi supremi del suo ordine costituzionale”*¹¹.

In definitiva, la primazia del diritto comunitario trova il suo fondamento nell'art. 11 Cost., che giustifica l'immediata applicabilità nell'ordinamento interno degli atti normativi comunitari che si impongono per forza propria, cui si è aggiunto l'art. 117 Cost, co. 1 (nel testo modificato dall'art. 3 L. cost. 18 ottobre 2001, n. 3) secondo cui *“la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”*.

Ne deriva che ogni giudice e operatore giuridico nazionale deve applicare il diritto europeo (ma anche le sentenze del giudice comunitario) e disapplicare l'eventuale norma nazionale contrastante, tranne nel caso in cui la norma comunitaria contrasti con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e i diritti inviolabili dell'uomo¹².

¹⁰ Lopilato V., *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli Editore, 2020, pp. 141-149.

¹¹ Corte Cost. n. 24/2017 sul cd. caso Taricco. In senso conforme altresì sentenze n. 183 del 1973 e n. 70 del 1984; ordinanza n. 536 del 1995; sentenze 284 del 2007, n. 227 del 2010; 288 del 2010, n. 80 del 2011.

¹² Garofoli R., Ferrari G., *Manuale di diritto amministrativo*, Nel Diritto Editore, 2015, pp. 24-30.

Merita rilevare che la disapplicazione non costituisce l'unico strumento di risoluzione delle antinomie tra ordinamento interno e quello dell'Unione, avendo la Corte di Giustizia affermato l'obbligo di interpretazione conforme al diritto dell'Unione¹³.

Ne consegue che spetta al giudice nazionale dare al diritto interno, in tutti i casi in cui residua un margine di discrezionalità, un'interpretazione e un'applicazione conformi alle esigenze del diritto UE e, solo qualora tale interpretazione conforme non sia possibile, disapplicare le norme nazionali incompatibili.

1.3 I principi ordinatori esterni: attribuzione, sussidiarietà e proporzionalità e clausola di cd. flessibilità

I criteri ordinatori esterni che regolano i rapporti tra ordinamento comunitario e nazionale sono: i principi di attribuzione, sussidiarietà e proporzionalità

Il Trattato contempla, come è noto, competenze esclusive (art. 3 Tfue) e concorrenti (art. 4 Tfue), collegando solo a queste ultime i principi di sussidiarietà e proporzionalità.

In particolare, ai sensi dell'art. 3 del Tfue rientrano nelle competenze esclusive dell'UE, i seguenti settori (o materie): unione doganale; definizione delle regole della concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno; politica monetaria e commerciale comune.

L'art. 2, par. 1, Tfue dispone che in questi casi *“solo l'Unione può legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti”* precisando che *“gli Stati membri possono farlo autonomamente solo se autorizzati dall'Unione oppure per dare attuazione agli atti dell'Unione”*.

Ai sensi dell'art. 4 del Tfue, i settori nei quali l'UE ha competenza concorrente con quella degli Stati membri sono invece: mercato interno, agricoltura e pesca, ambiente, protezione dei consumatori, trasporti, energia, spazio di libertà, sicurezza.

In presenza di una competenza concorrente l'esercizio delle funzioni normative deve avvenire secondo il principio di sussidiarietà e proporzionalità (cfr. art. 5 del Tfue).

¹³ L'obbligo di interpretazione conforme è stato sancito per la prima volta dalla sentenza Corte giust. 10 aprile 1984, causa 14/83 Von Colson et Kamann, punto 26.

In particolare, in applicazione del principio di sussidiarietà *“nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l’Unione interviene soltanto se in quanto gli obiettivi dell’azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell’azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione”*.

In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell’azione dell’Unione deve limitarsi *“a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei Trattati”*.

In altri termini, la concorrenza si esercita nel rispetto del principio di sussidiarietà nel senso che la funzione legislativa spetta, in prima battuta, agli Stati membri in ragione del cd. criterio di vicinanza rispetto agli interessi dei cittadini. Soltanto se gli Stati membri non sono in grado di assicurare gli obiettivi dell’azione, l’UE interviene a sostegno. Quando ciò avviene, ossia una volta intervenuta la normativa europea è preclusa l’adozione di misure normative nazionali.

Il Trattato prevede altresì la *cd. clausola di flessibilità*. Ai sensi dell’art. 352 Tfeue *“se un’azione dell’Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai Trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine, il Consiglio, deliberando all’unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni appropriate”*.

1.4 Le direttive self executing alla luce delle sentenze Marshall (1986); Foster (1990) e Farner (2017)

Come illustrato, la scala della gerarchia delle fonti vede al primo posto la Costituzione italiana e le leggi costituzionali, seguita nell’ordine, dalle norme unionali immediatamente efficaci ed applicabili (come i Regolamenti), dalle leggi nazionali ordinarie, dalle Direttive UE.

Queste ultime, a differenza dei regolamenti comunitari, non hanno di noma immediata efficacia vincolante ma richiedono il recepimento nell’ordinamento interno a mezzo di apposita legge nazionale, visto che obbligano gli Stati al perseguimento di un determinato obiettivo, lasciandoli liberi di determinare autonomamente gli strumenti per il raggiungimento dello scopo prefissato, entro un congruo termine.

Ne consegue che, di norma, le stesse rappresentate strumenti di normazione in due fasi: la prima, a livello europeo, la seconda a livello nazionale.

Tuttavia poiché spesso gli Stati membri non rispettano il termine previsto per adottare le misure attuative, la Corte di Giustizia dell'UE¹⁴ ha stabilito il principio secondo cui la direttiva, per la quale sia scaduto il termine di recepimento e che contenga disposizioni normative “*chiare, precise ed incondizionate*” (cd. direttiva *self-executing* o auto-esecutiva) deve essere applicata nei rapporti tra le autorità pubbliche ed i soggetti dell'ordinamento. Come chiarito dalla Corte, deve trattarsi di direttive le cui disposizioni sono talmente particolareggiate da escludere qualunque discrezionalità da parte degli Stati membri¹⁵.

L'obiettivo è evitare che lo Stato membro possa, attraverso il proprio inadempimento, sottrarsi all'obbligo di riconoscere ai singoli diritti attribuiti da una direttiva non attuata. In altri termini, l'effetto diretto della direttiva comunitaria (avente i requisiti di chiarezza e precisione nella determinazione) rappresenta uno strumento sanzionatorio a carico dello Stato inadempiente all'obbligo di attuazione¹⁶.

Si parla comunemente di “*effetti diretti verticali unilaterali*” proprio ad evidenziare che i precetti della direttiva non recepita possono essere fatti valere solo dai singoli nei confronti dello Stato e non anche da quest'ultimo, proprio perché inadempiente.

La giurisprudenza europea, a partire dalla nota sentenza *Marshall* ha sempre negato, viceversa, i cd “*effetti diretti orizzontali*”, tra soggetti tutti privati, ciò in quanto in tali casi non è possibile addebitare ai singoli alcuna responsabilità per mancata attuazione della direttiva europea, ragion per cui non può estendersi ad essi la misura sanzionatoria. Con successiva sentenza *Foster* 1990, la Corte di Giustizia, nel tentativo di ampliare l'ambito applicativo verticale delle direttive, ha fornito una nozione più estesa di “autorità pubblica”, includendovi anche gli organismi o enti soggetti al controllo statale.

Un'ulteriore apertura si è avuta con la sentenza *Farner* del 2017, con la quale la Corte ha riconosciuto la possibilità di considerare “Autorità pubblica”, ai fini dell'applicazione degli effetti diretti verticali, anche soggetti privati.

La valenza non *self-executing* ovvero *self-executing* della direttiva Bolkestein – come verrà di seguito illustrato - è tuttora oggetto di acceso dibattito.

¹⁴ Cfr. *inter alia* Corte Giustizia c.e. 25 maggio 1993, causa 193/91 in eur-lex.europa.eu.

¹⁵ Cfr. sent. 22 giugno 1989, causa 103/88; sent. 20 settembre 1988, causa 31/87; sent. 8 ottobre 1987, causa 80/86; sent. 24 marzo 1987, causa 286/85, id., 1987, IV, 343.

¹⁶ Garofoli R., Ferrari G., *Manuale di Diritto Amministrativo*, Nel diritto Editore, 2015, pp. 17-22.

1.5 Lo sviluppo della Soft Law nell'ambito della regolazione Finanziaria dell'UE.

Accanto al tradizionale sistema delle fonti primarie si è diffuso, soprattutto nell'ordinamento finanziario, un fenomeno che prende il nome di *soft law* (così definito in contrapposizione al sistema ordinario di *hard law*) ovvero precetti che - pur privi del carattere di vincolatività sul piano giuridico - sono percepiti come vincolanti dai soggetti che ne sono i destinatari. Si tratta di regole che hanno origine al di fuori dell'ordinario sistema legale ma, ciò nonostante, vengono spontaneamente applicate dagli operatori.

Nell'ambito della regolazione finanziaria dell'UE a ricorrere alla *soft law* sono soprattutto le autorità nazionali di regolazione e vigilanza finanziaria e le agenzie UE con le quali compongono il Sistema Europeo di Vigilanza Finanziaria (SEVIF). Sotto questo profilo, vengono in rilievo gli orientamenti di *policy markers*, le indicazioni dei comitati tecnici, le *best practices* di mercato, e le prescrizioni delle autorità europee di vigilanza (ESA, EBA, ESMA).

Si tratta di forme di regolazione di dettaglio, elaborate spesso di concerto con gli operatori del mercato nel corso di consultazioni pubbliche su specifici profili della materia, più flessibili e caratterizzate da un elevato tecnicismo che consentono di adeguare rapidamente la disciplina di settore all'evoluzione del mercato di riferimento¹⁷.

La capacità che queste regole, prive di efficacia giuridica vincolante, hanno di indurre il destinatario al rispetto della prescritta condotta (cd. "*intensità normativa*") dipende sostanzialmente da due fattori tra loro indipendenti: i) la regola in sé; ii) i meccanismi di *inducement-enforcement*, ovvero che incoraggiano e spingono all'osservanza della stessa¹⁸.

L'intensità normativa della regola in sé dipende – a sua volta - da tutta una serie di variabili che, con modalità diverse, limitano la sfera di libertà dei destinatari della regola. Tra queste variabili: la natura della regola (es. regola imperativa, dispositiva, raccomandata); il grado di precisione e di dettaglio con cui l'obbligo è previsto; la tipologia della condotta prescritta (es. l'obbligazione di risultato è più stringente dell'obbligazione di mezzi) e/o dei destinatari; il grado di autorevolezza della fonte.

¹⁷ V. Lemma, E. Stippoli, *Il Sistema delle fonti* in Corso di Diritto Pubblico dell'Economia a cura di M. Pellegrini, WOLTERS KLUWER ITALIA, 2016, pp.117-124.

¹⁸ M. Ortino, *Il soft law nella disciplina dei mercati finanziari*, in "Banca Impresa Società" (ISSN 1120-9453) Fascicolo 1, aprile 2020, Mulino, Bologna, pp. 93-130.

Rientrano, invece, nei meccanismi di *inducement-enforcement*, tutti quei fattori che persuadono, in vario modo, all'osservanza della regola. Essi rappresentano sostanzialmente gli effetti giuridici e/o materiali connessi direttamente o indirettamente all'osservanza o mancata osservanza della regola (es. sanzioni giuridiche, conseguenze economiche, danni o benefici di reputazione, riconoscimento di un diritto).

Spesso le conseguenze giuridiche e materiali si sommano o coincidono, come nei casi di condanne al risarcimento dei danni per responsabilità contrattuale o civile, o di sanzioni commerciali previste dal diritto internazionale (es. misure *anti-dumping*).

Si pensi, quanto agli effetti materiali, ai casi in cui l'inosservanza della regola può produrre conseguenze negative in termini reputazionali. Ad esempio, nei rapporti internazionali (es. tra Stati membri e/o tra autorità regolatorie di diversa nazionalità), godere di una buona reputazione in termini di fedeltà agli impegni assunti è un fattore che contribuisce a determinare la credibilità futura e la capacità di incidere sulle decisioni collettive. Viceversa l'incapacità di tenere fede ai propri impegni può danneggiare la capacità di uno Stato di influenzare processi decisionali internazionali, non solo sul piano politico, ma anche tecnico.

In ambito internazionale, tra i meccanismi di *inducement-enforcement*, che fanno specificamente leva sulla reputazione, ricordiamo il sistema di *name and shame*, mediante i quali si rendono pubblici i membri dell'organizzazione che non osservano gli accordi presi.

La reputazione di un determinato sistema giuridico costituisce – inoltre - un importante elemento di valutazione economica del relativo mercato in termini, ad esempio, di attrattività degli investimenti. La qualità di un sistema giuridico può dipendere, infatti, da quanto esso si adegui agli standard internazionali valutati positivamente dal mercato.

Effetti materiali connessi direttamente o indirettamente all'osservanza o mancata osservanza di impegni assunti da uno Stato membro possono derivare anche da meccanismi di *inducement-enforcement* che fanno leva su aspetti prettamente economici.

Ad es. l'inosservanza di standard concordati a livello internazionale da parte di un paese membro può essere sanzionata con il diniego dell'assistenza economica e finanziaria offerta dall'Istituzione. Classico esempio è quello del Fondo Monetario Internazionale (FMI) e della Banca Mondiale che condizionano il loro aiuto economico-finanziario all'adozione nazionale di standard elaborati a livello internazionale, tra cui quelli a tutela del buon funzionamento dei sistemi bancari e finanziari nazionali.

Ulteriore strumento per aumentare il grado di intensità normativa di una regola di *soft law* è il “*dialogo*”. Sempre più spesso, infatti, accanto ai meccanismi di *inducement-enforcement* (che prevedono misure sanzionatorie, reputazionali ed economiche) si ricorre ad una sorta di concertazione tra il “regolatore” e il “regolato”, al fine di arrivare ad una regola condivisa che verosimilmente sarà accettata ed osservata da quest’ultimo. Tale pratica è utilizzata soprattutto nel caso di strumenti di *soft law* pre- legislativi, ove la “negoziiazione” investe l’atto preparatorio (*soft law*) di un successivo atto normativo finale.

CAPITOLO II - I PRESUPPOSTI PER L'APPLICAZIONE DELLA DIRETTIVA BOLKESTEIN.

Secondo l'art. 49 del TFUE e l'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE (Bolkestein), l'obbligo di gara discende dalla sussistenza di almeno uno dei seguenti requisiti:

- Interesse transfrontaliero certo;
- Scarsità della risorsa naturale.

2.1 L "interesse transfrontaliero certo" ai sensi dell'art. 49 del TFUE.

L'interesse transfrontaliero consiste nella capacità che una commessa pubblica, o più in generale una opportunità di guadagno offerta dall'Amministrazione anche attraverso il rilascio di provvedimenti autorizzatori, ha di attrarre gli operatori economici di altri Stati membri (in termini cfr. sentenza Corte di Giustizia *Protoimpresa*, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15).

L'accertamento del requisito è rimesso dalla CGCE alla valutazione del giudice nazionale.

2.2 L'art. 12 par. 2 della direttiva ed il concetto di "scarsità delle risorse naturali".

L'art. 12 della Direttiva stabilisce che: *"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 un'adeguata pubblicità della procedura e del suo svolgimento e completamento". In questi casi "[...] 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".*

La Direttiva, come è evidente, non definisce il concetto di scarsità delle risorse (la cui individuazione è parimenti demandata ai legislatori degli Stati membri) ma si limita a perseguire lo scopo di aprire il mercato delle attività economiche il cui esercizio richiede l'utilizzo di risorse naturali scarse prevedendo l'affidamento mediante procedura di evidenza pubblica a tutela della *par condicio* e della concorrenza.

2.3 Sull'applicabilità della Direttiva “servizi” alle concessioni demaniali e sulla natura self-executing.

Valutare se la Direttiva 123/2006/CE risulti o meno applicabile alle concessioni demaniali marittime è questione di primaria importanza ampiamente dibattuta.

Dirimente sul punto è il chiaro riferimento contenuto nella sentenza della CGCE 14 luglio 2016 C-458/14 E C67/15¹⁹, *cd. “Promoimpresa”*.

In essa la Corte precisa che:

- l'art. 12 della direttiva 2006/123 riguarda la specifica ipotesi in cui l'accesso ad una determinata attività sia soggetto a regime di autorizzazione nel caso in cui il numero di autorizzazioni a tal fine disponibili risulti limitato in ragione della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili;
- ai sensi dell'art. 4.6 della direttiva, deve intendersi come regime di autorizzazione qualsiasi procedura che obblighi un soggetto privato a richiedere e ottenere da una autorità amministrativa un titolo per poter accedere ad una attività;
- in base al considerando n. 39 della direttiva, la nozione di regime di autorizzazione include le procedure amministrative volte al rilascio di concessioni, qualificabili queste ultime come autorizzazioni, indipendentemente dalla loro qualificazione nel diritto nazionale.

Sulla base di quanto statuito dalla Corte (condiviso come vedremo dalle Plenarie), sembrerebbero – dunque - non residuare dubbi sull'applicabilità della Direttiva Bolkestein alle concessioni demaniali marittime.

La sentenza *Promoimpresa* ha altresì chiarito che, la valutazione circa il numero limitato delle concessioni per via della scarsità delle risorse naturali spetta esclusivamente al giudice nazionale e, dato che nello Stato italiano tali concessioni vengono rilasciate a livello comunale, il parametro di riferimento quanto alla valutazione della scarsità delle risorse naturali e del numero limitato di autorizzazioni-concessioni disponibili è costituito dall'ambito costiero di competenza di ciascun comune.

Sulla scorta delle predette considerazioni la Corte ha concluso che:

- a) *“l'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006 (cosiddetta “Bolkestein”), relativa ai servizi nel*

¹⁹ Corte di Giustizia UE, 14 luglio 2016, C-458/14 E C67/15 in *Giornale dir. Amm.* 2017, 1, 60.

mercato interno, deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati”.

b) *“l’art. 49 Tfue deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale che consente la proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentino un interesse transfrontaliero certo”.*

Ciò vuol dire che la proroga *ex lege* delle concessioni demaniali aventi natura turistico-ricreativa non può essere generalizzata, dovendo la normativa nazionale ispirarsi alle regole dell’Unione Europea sull’indizione delle gare. In altri termini, secondo la CGCE i principi comunitari in materia di libera circolazione dei servizi, di *par condicio*, di imparzialità e di trasparenza, derivanti dalla direttiva Bolkestein e dall’art. 49 del Tfue, si applicano anche in materie diverse dagli appalti, poiché riconducibili ad attività suscettibili di apprezzamento in termini economici.

Indiscussa l’applicabilità della Direttiva 123/2006 al regime delle concessioni demaniali marittime, resta da valutare, alla luce del rilevato contrasto tra l’art. 12 della Direttiva in parola e il sistema delle proroghe automatiche delle concessioni balneari, se tale Direttiva possa considerarsi **auto-esecutiva** e, dunque, di immediata applicabilità, oppure no.

Come anticipato al Capitolo I, par. 1.1. e 1.4, a differenza dei Regolamenti UE (aventi diretta ed immediata efficacia vincolante ai sensi dell’art. 288 Tfue), le Direttive richiedono il recepimento nell’ordinamento interno a mezzo di apposita legge nazionale (art. 288 Tfue), in quanto obbligano lo Stato membro esclusivamente al conseguimento di un determinato obiettivo, lasciando alla sua discrezionalità la scelta delle modalità di attuazione del fine prestabilito, prevedendo all’uopo un congruo termine per l’adeguamento e per il conseguimento degli obiettivi (art. 291 Tfue).

Ne consegue che la direttiva comunitaria non è immediatamente e direttamente applicabile, salvo il caso in cui non sia *self-executing* ovvero ricorrano i seguenti presupposti: a) disposizioni precise e dettagliate tali da non lasciare alcuna discrezionalità allo Stato membro; b) inutile decorso del termine di moratoria concesso allo Stato per recepire la direttiva²⁰.

Sulla natura auto-esecutiva della direttiva “servizi”, si è molto discusso.

²⁰ In termini CGCE 25.03.1993, C. 193/91 in *eur-lex.europa.eu*.

I sostenitori della sua natura non *self-executing* denunciano la mancanza di un sufficiente grado di dettaglio. Inoltre, la sua diretta applicazione troverebbe ostacolo nella disomogeneità delle discipline interne in tema di concessioni marittime²¹.

Contrariamente a quanto sostenuto dalle Adunanze Plenarie (che, come vedremo, in relazione allo scopo cui è teleologicamente orientata la norma considerano la Bolkestein quale direttiva di liberalizzazione) si è obiettato che la liberalizzazione in tanto può essere conseguita in quanto venga garantita all'interno dell'Unione una uniformità di normativa che passa attraverso la creazione di regole eguali per tutti i *competitor* indipendentemente dallo Stato membro di appartenenza.

Il corollario di tale tesi è che la Direttiva Bolkestein trovi applicazione solo se a monte vi sia un'armonizzazione normativa all'interno dell'eurozona, allo stato inesistente.

A tal fine, sarebbe stato opportuno adottare un preventivo testo di legge approvato dal Consiglio Europeo all'unanimità (ai sensi dell'art. 195 Tfu) anziché a maggioranza, come avvenuto nel caso della direttiva 123/2006. In altri termini, mancherebbe una pre-condizione giuridica per la sua applicabilità.

Come verrà di seguito evidenziato, le suddette obiezioni sono state superate dalle Adunanze Plenarie nn. 17 e 18/2012¹ ritenendo che *“il livello di dettaglio che una direttiva deve possedere per potersi considerare self-executing dipende, invero, dal risultato che essa persegue e dal tipo di prescrizione che è necessaria per realizzare tale risultato. Da questo punto di vista – precisa il Consiglio di Stato – l'art. 12 della direttiva persegue l'obiettivo di aprire il mercato delle attività economiche il cui esercizio richiede l'utilizzo di risorse naturali scarse, sostituendo, ad un sistema in cui tali risorse sono assegnate in maniera automatica e generalizzata a chi è già titolare di antiche concessioni, un regime di evidenza pubblica che assicuri la par condicio fra i soggetti potenzialmente interessati”*. Sotto tale profilo, secondo i Giudici di Palazzo Spada, la disposizione avrebbe un livello di dettaglio sufficiente a determinare la non applicazione della disciplina nazionale che prevede la proroga ex lege fino al 2033 delle concessioni e ad imporre l'espletamento di una gara rispettosa dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità, non discriminazione e proporzionalità²².

²¹ Guzzo G., Palligiano R. *Concessioni demaniali marittime e A.P. del Consiglio di Stato. Il difficile equilibrio tra esigenze di coerenza con il diritto eurounitario, incertezze interpretative e possibili invasioni di campo*” in Rivista di diritto pubblico *lexitalia* 2 gennaio 2022

²² In senso conforme, da ultimo, cfr. TAR Campania, Sez. Salerno, 29 gennaio 2021, n. 265 in www.giustizia-amministrativa.it.

Per completezza giova rilevare che ancor prima dell'intervento della CGCE e delle Plenarie la giurisprudenza costituzionale aveva più volte escluso la legittimità di disposizioni legislative regionali di proroga o di rinnovo di concessioni demaniali marittime²³. Nel richiamare il diritto comunitario, la Corte Cost. ha ritenuto che l'illegittimità costituzionale deriva innanzitutto dalla violazione della competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza ex art. 117, 2° comma, lett. e), Cost., da cui l'illegittimità di disposizioni che, introducendo proroghe o rinnovi automatici, favoriscono l'operatore che abbia già conseguito la concessione, impedendo l'ingresso per i nuovi operatori (c.d. nuovi entranti).

In senso conforme si è espressa anche l'Autorità Garante della concorrenza e del Mercato la quale ha osservato che, nei mercati in cui, in ragione delle specifiche caratteristiche oggettive delle attività tecniche, economiche e finanziarie, esiste un'esclusiva, o sono ammessi ad operare (com'è nel caso di concessioni balneari) un numero limitati di soggetti, l'affidamento delle concessioni deve avvenire mediante procedure concorsuali trasparenti e competitive, al fine di attenuare gli effetti distorsivi della concorrenza, connessi alla posizione di privilegio attribuita al concessionario.

Pertanto, secondo l'AGCM, sussiste l'obbligo di disapplicazione della normativa interna che prevede la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in quanto in contrasto con i principi concorrenziali, nella misura in cui impedisce il confronto competitivo che dovrebbe essere garantito in sede di affidamento di servizi incidenti su risorse demaniali di carattere scarso, peraltro in un contesto di mercato in cui le dinamiche concorrenziali sono già particolarmente affievolite a causa della lunga durata delle concessioni attualmente in essere.²⁴

²³ Cfr. in termini Corte cost. 18 luglio 2011, n. 213 (in *Foro it.*, 2012, I, 367) (con riferimento a una legge della regione Veneto); 26 novembre 2010, n. 340, (*id.*, 2011, I, 327), con riferimento a una legge della regione Toscana; 1° luglio 2010, n. 233, *ibid.*, con riferimento a una legge della regione Friuli-Venezia Giulia; 20 maggio 2010, n. 180 (*id.*, 2010, I, 1977), con riferimento a una legge della regione Emilia-Romagna, Corte cost., 9 gennaio 2019, n. 1 (*id.*, 2019, I, 761), e 5 dicembre 2018, n. 221 (*ibid.*, 19), che dichiarano l'illegittimità di alcune disposizioni delle l. reg. Liguria 10 novembre 2017 nn. 25 e 26 sulle concessioni demaniali marittime in www.cortecostituzionale.it.

²⁴ Inter alia cfr. AS1701 del 28 luglio 2020, Comune di Piombino; AS1712 del 1 dicembre 2020, Comune di Castiglione della Pescaia; AS1719 del 9 dicembre 2020, Comune di Castellabate.

CAPITOLO III- IL CASO ITALIANO: LA PROROGA DELLE CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME.

3.1 Il contesto normativo italiano.

La normativa nazionale in tema di concessioni demaniali marittime ha subito, nel corso degli anni, rilevanti modifiche in relazione alle esigenze di adeguamento della legislazione interna ai principi espressi dalla normativa euro-unionale.

Il Codice della Navigazione (approvato con Regio Decreto del 30 marzo 1942 n. 327) prevedeva l'esperimento di un procedimento finalizzato alla valutazione comparativa tra gli aspiranti solo in via eventuale, ovvero nell'ipotesi di più domande di rilascio di concessione sul medesimo bene demaniale (art. 37). Il medesimo articolo, al secondo comma, contemplava, tuttavia, in tal caso la preferenza in favore del soggetto già titolare della concessione (c.d. diritto di insistenza).

Con decreto legge n. 400 del 1993 è stato previsto il rinnovo automatico delle concessioni in essere di sei anni in sei anni e con legge 296/2006 è stato fissato il termine massimo di durata della concessione demaniale in anni venti.

In siffatto contesto è intervenuta la direttiva 2006/123/CE (c.d. direttiva Bolkestein) il cui art. 12 dispone che *“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”*. In tali casi, 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”*.

A sua volta, l'art. 49 del TFUE fa espresso divieto a tutti gli Stati membri di prevedere restrizioni o limitazioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di altro stato dell'Unione, ai quali deve quindi essere garantito *“l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite*

dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali”.

3.2 La prima procedura di infrazione n. 2008/4908.

La Commissione europea, ritenendo che il diritto di insistenza si ponesse in contrasto con la libertà di stabilimento di cui all'art. 49 TFUE e con l'art. 12, paragrafo 2 della Direttiva 2006/123/CE, laddove vieta sia forme di rinnovo automatico, sia il riconoscimento di vantaggi all'operatore uscente, ha avviato una procedura di infrazione (n. 4909/08) nei confronti dell'Italia.

Per porre rimedio a tale situazione, il legislatore italiano, con l'art. 1, co. 18 del DL. 194/2009, ha abrogato l'art. 37, co. 2, del Codice della navigazione (che riconosceva il diritto di insistenza del concessionario), disponendo tuttavia la proroga delle concessioni in essere fino al 31 dicembre 2012, termine differito, con legge di conversione n. 25/2010, fino al 31 dicembre 2015.

A seguito della legge delega n. 88/2009 (art. 41), è intervenuto il decreto legislativo 26.03.2010 n. 59, di formale recepimento della Direttiva Bolkestein, il cui art. 16 – attuando il contenuto dell'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE – prescrive la predeterminazione dei criteri e delle modalità atti ad assicurare l'imparzialità delle procedure di selezione per l'assegnazione dei titoli concessori e dispone che non possono essere *“accordati vantaggi al prestatore uscente”*.

La Commissione Europea, pur muovendo rilevi alla normativa italiana, ne ha preso atto ed ha disposto l'archiviazione della procedura di infrazione, ritenendo congruo il termine di proroga di sei anni per la preannunciata approvazione di una normativa di riordino del settore.

3.3 La nuova proroga delle concessioni demaniali marittime e la sentenza “Promoimpresa” Corte Giust. Eur.14.07.2016 C-458

Successivamente, l'art. 34 -duodecies del D.L. n. 179/2012, introdotto dalla legge di conversione n. 221/2012, ha disposto la proroga delle concessioni di beni demaniali marittimi, lacuali e fluviali con finalità turistico-ricreative” in scadenza entro il 31.12.2015 fino al 31.12.2020.

Tale norma non solo ha reiterato l'efficacia temporale delle concessioni balneari in essere, ma ne ha esteso l'ambito applicativo anche a nuove tipologie (fluviali e lacuali). La suddetta normativa è stata ritenuta parimenti non compatibile con il diritto dell'UE dalla Corte di Giustizia con la nota decisione 14.07.2016 C-458/14, cd. *Promoimpresa*, la quale ha chiarito che le concessioni demaniali marittime, intese come atti di carattere formale, devono essere qualificate come autorizzazioni alla prestazione di servizi e, per questa ragione, possono essere rilasciate (e rinnovate) esclusivamente in presenza di una procedura di gara aperta a qualsiasi operatore economico, potenzialmente anche a quelli attivi in un altro Stato membro.

3.4 La nuova disciplina delle concessioni demaniali marittime (art. 1 commi 675-684 della L. 30 dicembre 2018) – Proroga delle concessioni demaniali e nuova procedura di infrazione.

All'approssimarsi della scadenza del 31 dicembre 2020, con l'art. 1 comma 682 e 683 della L. 145/2018 (Bilancio di previsione per l'anno finanziario 2019) lo Stato Italiano ha: per un verso, fissato i criteri cui deve uniformarsi l'attività di generale revisione del sistema delle concessioni demaniali marittime (i.e. mappatura del litorale e censimento delle concessioni demaniali in essere; ricognizione degli investimenti effettuati e dei tempi di ammortamento dei canoni etc, etc.); per altro verso, disposto, in via transitoria, una ulteriore proroga della concessioni demaniali marittime fino al 31.12.2033.

Con lettera di messa in mora del 3 dicembre 2020, la Commissione Europea ha, pertanto, aperto una nuova procedura d'infrazione nei confronti dell'Italia²⁵, tenendo conto sia delle disposizioni normative dell'ordinamento italiano al centro della *sentenza Promoimpresa*, sia delle più recenti proroghe.

²⁵ Procedura di infrazione 2020/4118 C (2020) 7826, Bruxelles, 3 dicembre 2020.

3.5 L'Approdo delle Adunanze Plenarie Consiglio di Stato nn. 17 e 18 del 9 novembre 2021

La *vexata quaestio* delle proroghe delle concessioni demaniali marittime sembrerebbe aver trovato un epilogo nelle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nn. 17 e 18 del 9 novembre 2021²⁶.

Merita rilevare che l'intervento dell'Adunanza Plenaria è stato sollecitato non già, su istanza di parte, dalla Sezione del TAR investita della questione²⁷, bensì dal Presidente del Consiglio di Stato nell'esercizio della funzione nomofilattica ex art. 99, co. 2 cpa²⁸.

Le pronunce in parola affrontano numerosi temi fortemente dibattuti sia in ambito giurisprudenziale che dottrinale. Esse sono state definite "additive" in ragione dei principi di diritto affermati che dovranno regolare le successive fasi procedurali finalizzate al rilascio delle concessioni demaniali marittime "turistico-ricreative".

Il nucleo centrale delle Plenarie si fonda sul riconoscimento della sostanziale contrarietà della normativa italiana che dispone la proroga *ex lege* delle concessioni balneari fino al 2033 al diritto europeo e sulla cd. "*primazia del diritto dell'Unione*", ovvero sulla prevalenza della Direttiva Bolkestein rispetto alla normativa interna con essa in contrasto, mediante l'istituto della disapplicazione diretta.

²⁶ Cfr testo integrale delle Plenarie in Rivista di diritto pubblico *lexitalia* n. 11/2021.

²⁷ TAR Puglia – Sez. staccata di Lecce; TAR Sicilia – Sez. Catania.

²⁸ Con Decreto 24 maggio 2021 n. 160 il Presidente del Consiglio di Stato ha deferito all'Adunanza Plenaria i seguenti quesiti:

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

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

3) *se, con riferimento alla moratoria introdotta dall'art. 182, comma 2, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, come modificato dalla legge di conversione 17 luglio 2020, n. 77, qualora la predetta moratoria non risulti inapplicabile per contrasto col diritto dell'Unione europea, debbano intendersi quali "aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto" anche le aree soggette a concessione scaduta al momento dell'entrata in vigore della moratoria, ma il cui termine rientri nel disposto dell'art. 1, commi 682 e seguenti, l. 30 dicembre 2018, n. 145.*

Nel confutare la tesi della natura *non self-executing* della Direttiva Bolkestein, il Consiglio di Stato ha chiarito trattarsi di una direttiva di *liberalizzazione*, finalizzata alla rimozione di ostacoli alla libertà di stabilimento e circolazione, e non all'armonizzazione delle leggi nazionali, che configura un obiettivo successivo e complementare che, dunque, non applicabile il meccanismo della deliberazione unanime ex 115 TFUE.

Inoltre, “*il livello di dettaglio che una direttiva deve possedere per potersi considerare self executing dipende, invero, dal risultato che essa persegue e dal tipo di prescrizione che è necessaria per realizzare tale risultato*”.

Secondo i Giudici di Palazzo Spada, l'art. 12 della Direttiva persegue lo scopo di aprire il mercato delle attività economiche il cui esercizio richiede l'utilizzo di risorse scarse (quale è il patrimonio nazionale costiero), sostituendo il sistema delle proroghe automatiche con quello della procedura di evidenza pubblica a tutela della *par condicio* e della concorrenza.

Riguardo a tale obiettivo – precisa ancora il Consiglio di Stato - la disposizione si presenta sufficientemente specifica e dettagliata, tanto da giustificare la disapplicazione della normativa interna con essa contrastante da parte sia dei giudici che delle Amministrazioni²⁹ deputate al rilascio delle concessioni, senza bisogno di sollevare questione di legittimità costituzionale (come sancito dalla Corte Cost. a partire dalla sentenza n. 170/1984).

Né occorre da parte delle Amministrazioni l'esercizio del potere di autotutela in relazione ad atti di proroga eventualmente già adottati, posto che non di provvedimenti amministrativi si tratta, bensì di proroghe *ex lege*, ovvero derivanti direttamente dalla legge e solo ad essa riconducibili senza l'intermediazione di alcun potere amministrativo. L'atto amministrativo che eventualmente intervenga ha, infatti, mera natura ricognitiva dell'effetto già prodotto dalla fonte normativa contrastante con il diritto europeo.

Uno dei temi più rilevanti affrontati dalle Plenarie (sui quali si sono appuntate le maggiori critiche) investe la definizione dei concetti di “*interesse transfrontaliero certo*” ai fini dell'applicabilità dell'art. 49 TFUE e di “*scarsità delle risorse naturali*” di cui all'art. 12 della Direttiva Bolkestein.

²⁹ Sulla possibilità per le Amministrazioni (enti locali) di procedere alla diretta disapplicazione cfr. inter alia, CGGE 22 giugno 1989 (Fratelli Costanzo); Corte Cost. n. 389/1989; CGCE, Sent. 3 ottobre 2002, causa C 347/00, (Barreira Perez); CGUE, sent. 29 aprile 1999, C-224/97; CGCE, sent. 4 dicembre 1997, cause riunite C-258/96 e C-253/96, (kampelmann) in eur-lex.europa.eu.

Il primo viene rinvenuto dai giudici di Palazzo Spada nella natura unitaria del patrimonio costiero italiano che, per conformazione, ubicazione geografica, condizioni climatiche e vocazione turistica, è in grado di esercitare una indiscutibile capacità attrattiva verso gli operatori economici di altri Stati membri.

Tale interesse, secondo il Consiglio di Stato, non va ricercato per ogni singolo bene oggetto di affidamento ma nel “*complesso di beni demaniali*” che, valutati unitariamente e complessivamente costituiscono uno dei patrimoni naturalistici (in termini di coste, laghi e fiumi e connesse aree marittime, lacuali e fluviali) più rinomati al mondo. Del resto, una visione parcellizzata del fenomeno si porrebbe in contrasto con le previsioni legislative nazionali che hanno previsto proroghe indistintamente per tutti i concessionari. Il secondo elemento idoneo a radicare l’interesse transfrontaliero certo è stato rinvenuto nella possibilità di ricorrere – ai sensi dell’art. 45 bis cod. nav. - all’istituto della sub-concessione con conseguente facoltà di ricavare un prezzo più elevato rispetto al canone di concessione. Tale opportunità riflette il reale valore economico e l’effettiva valenza turistica del bene.

Il requisito della scarsità delle risorse naturali, secondo il Consiglio di Stato, va viceversa inteso in termini relativi e non assoluti, tenendo conto non solo della quantità del bene disponibile, ma anche della qualità del bene e, conseguentemente, della domanda che è in grado di generare nei potenziali concorrenti.

Sotto questo profilo, le Plenarie hanno operato un’inversione metodologica rispetto alla verifica dell’interesse transfrontaliero, non prendendo più in considerazione l’intero patrimonio costiero esistente, bensì la sola parte di esso attualmente disponibile (oltre quella già assentita), per verificare se il regime di proroga fino al 2023 possa creare una barriera all’ingresso di nuovi operatori del mercato, in contrasto con gli obiettivi di liberalizzazione della direttiva.

I dati forniti dal Sistema Informativo del Demanio marittimo (SID) confermerebbe la scarsità delle risorse naturali, posto che in Italia quasi il 50% delle coste sabbiose è occupato da stabilimenti balneari (in alcune Regioni addirittura il 70%) e che le risorse naturali a disposizione di nuovi potenziali operatori economici sono scarsi ed in alcuni casi addirittura inesistenti, per raggiungimento del limite massimo di aree suscettibili di essere date in concessione.

In ragione di ciò, il Consiglio di Stato ha ritenuto che la disciplina nazionale che prevede la proroga automatica e generalizzata si pone in contrasto con l’art. 49 TFUE in quanto in grado di limitare ingiustificatamente la libertà di stabilimento e la libera circolazione

dei servizi nel mercato interno, “*a maggior ragione in un contesto di mercato nel quale le dinamiche concorrenziali sono già particolarmente affievolite a causa della lunga durata delle concessioni attualmente in essere*”.

Al dichiarato fine di tutelare il principio di certezza del diritto ed evitare il notevole impatto economico altrimenti derivante dall'immediata decadenza dei rapporti concessori in essere, le Plenarie hanno previsto la cd. modulazione degli effetti temporali delle pronunce in questione.

In altri termini, è stato previsto un intervallo di tempo (fino al 31.12.2023) entro il quale lo Stato Italiano dovrà necessariamente adeguarsi alla normativa europea con il riordino della materia e l'espletamento delle gare per l'affidamento delle concessioni balneari.

La scadenza del suddetto termine determinerà l'automatica decadenza dei rapporti concessori in essere che saranno privi di effetto. Eventuali successive proroghe saranno – dunque - *tamquam non esset*.

Il legittimo affidamento dei concessionari uscenti, non risultati aggiudicatari, potrà essere compensato con la previsione di un indennizzo a carico dell'affidatario, funzionale ad ammortizzare gli investimenti effettuati.

3.6 I rilevi critici alle Adunanze Plenarie

Le pronunce dell'Adunanza Plenaria sono state oggetto di numerose critiche che hanno investito principalmente la previsione di un obbligo generalizzato di disapplicazione della norma anti comunitaria³⁰.

La questione si è posta soprattutto con riferimento ai piccoli concessionari che operano in zone depresse del Paese, prive di capacità attrattiva turistica e/o interessate da modesti flussi turistici locali. Per essi ci si è chiesti se debba o meno rinvenirsi il requisito dell'interesse transfrontaliero certo³¹.

In particolare si è obiettato che se è vero che l'interesse transfrontaliero – come chiarito dalla Corte di Giustizia – debba essere valutato caso per caso dal giudice nazionale e

³⁰ Tra i primi commenti cfr. Cannizzaro E., *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18 dell'Ad. Plen. del Consiglio di Stato* in *Giustiziainsieme.it*, 2021.

³¹ Durante N. “*E' davvero sceso il sipario sulle concessioni turistico-ricreative?*”, 16 maggio 2022

prima ancora dall'amministrazione aggiudicatrice e/o dalla stessa normativa nazionale o locale, non si vede come possa teorizzarsi una disapplicazione generalizzata delle proroghe che investa indistintamente tutte le concessioni demaniali marittime di natura turistico ricreativa.

Omogeneizzare l'intero patrimonio costiero, attribuendo ad esso nel suo complesso una straordinaria capacità attrattiva, in grado, dunque, di generare interessi economici su larga scala, vorrebbe dire, secondo parte della dottrina³², tradire lo stesso principio che demanda allo Stato membro ed agli Enti locali il compito di valutare in concreto, caso per caso, la sussistenza di tale presupposto. Tale interpretazione si porrebbe in contrasto con l'autonomia organizzativa e funzionale riconosciuta dalla Costituzione (art. 114 co. 2) agli Enti locali e con il principio di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost).

In altri termini, i principi sanciti dalle Plenarie dovrebbero trovare applicazione solo nei confronti di aree oggetto di concessione demaniale di particolare e riconosciuto interesse naturalistico, a condizione che non siano rinvenibili altre porzioni di costa da affidare di altrettanto pregio, giammai nei casi in cui si tratti di piccole porzioni di demanio costiero prive di rilevanza naturalistica e di *appeal* economico, il cui affidamento risponde ad una logica economica locale, rispetto alle quali non è dato rinvenire alcuna violazione dell'art. 49 TFUE. L'applicazione indiscriminata dell'istituto della disapplicazione si tradurrebbe, viceversa, nella violazione di un principio di uguaglianza sostanziale.

Secondo parte della dottrina³³, le sentenze in commento incorrerebbero in una insuperabile contraddizione. A riguardo si sostiene che *“se il primato del diritto UE e la pretesa valenza autoapplicativa della Direttiva 123/2006 ostano all'applicazione delle leggi nazionali di proroga e gli atti amministrativi che le richiamano devono per l'effetto davvero essere considerati tamquam non essent, le sentenze che ne affermano comunque l'efficacia fino al 31 dicembre 2023 finiscono, in sostanza, esse stesse per disporre, in via giurisdizionale, la medesima proroga generalizzata e indiscriminata delle vigenti concessioni che hanno ritenuto incompatibile con il diritto UE. E, dunque, proprio in forza del ragionamento svolto, dovrebbero essere a loro volta disapplicate dalle amministrazioni e dagli altri giudici”*.

³² G. Guzzo e R. Pallagiano *“Concessioni demaniali marittime e A.P. del Consiglio di Stato. Il difficile equilibrio tra esigenze di coerenza con il diritto eurounitario, incertezze interpretative e possibili invasioni di campo”* in <http://www.lexitalia.it/a>, 2 gennaio 2022

³³ M.A. Sandulli, *Introduzione al numero speciale sulle “concessioni balneari” alla luce delle sentenze nn.17 e 18 dell'Adunanza Plenaria*, in *Rivista Diritto e Società* n. 3/2021.

Giova rilevare che avverso le Adunanze Plenarie pende ricorso in Cassazione a Sezioni Riunite proposto dal SIB (Sindacato Italiano Balneari), ai sensi dell'art. 111, co. 8 Cost., per eccesso di potere giurisdizionale, nei confronti del legislatore e/o nei confronti della Corte di Giustizia e/o della Corte Costituzionale, che ne impedisce il passaggio in giudicato.

In attuazione delle Plenarie, con comunicato stampa n. 61, il Consiglio dei Ministri, riunitosi in data 15 febbraio 2022, ha dato notizia dell'approvazione unanime dell'emendamento al DDL Concorrenza relativo alle modalità di affidamento delle concessioni demaniali marittime, fluviali e lacuali con finalità turistico-ricreative.

Nella sostanza, il Governo ha confermato l'efficacia delle concessioni sino al 31 dicembre 2023 e si è impegnato, nei prossimi 6 mesi, a riordinare la materia al fine di conseguire gli obiettivi di apertura del mercato alla concorrenza in conformità della disciplina comunitaria.

Ad oggi il DDL è oggetto di numerosissimi emendamenti e subemendamenti molti dei quali riferiti alle concessioni demaniali.

L'ultima stesura prevederebbe la preventiva mappatura dei litorali all'esito della quale soltanto le concessioni demaniali potrebbero essere messe a gara. Il tutto non prima di cinque anni. Se passasse l'emendamento, verrebbero bandite entro 31.12.2023 le sole procedure di gara riguardanti le aree attualmente libere, mentre verrebbe concesso ai gestori in essere un periodo di 5 anni per partecipare alle ulteriori procedure selettive e richiedere indennizzi in caso di perdita della concessione.

3.7 L'ordinanza TAR Lecce n. 743/2022 ed il rinvio alla Corte di Giustizia

Con recentissima ordinanza n. 743/2022³⁴ dell'11 maggio scorso, il TAR Puglia, Sezione di Lecce, ha rinviato, in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia ben 9 quesiti riguardanti la questione dell'affidamento delle concessioni marittime balneari con finalità turistico-ricreative, alla luce del diritto dell'Unione Europea.

Tra i quesiti posti, di preminente importanza, si segnalano quelli: sulla validità e vincolatività della Direttiva Bolkestein – quale direttiva di armonizzazione – in quanto

³⁴ Cfr. testo integrale dell'ordinanza <https://www.giustizia-amministrativa.it>

adottata a maggioranza invece che all'unanimità, in violazione dell'art. 115 TFUE (quesito 1); sulla presenza o meno dei requisiti di sufficiente dettaglio della normativa tali da potersi ritenere self- executing (quesito 2); sulla sussistenza dei presupposti dell'interesse transfrontaliero e della scarsità delle risorse naturali con riferimento all'intero territorio costiero italiano e sulla possibilità che tale valutazione possa essere riservata alla competenza delle amministrazioni comunali (quesiti 6 e 7).

Alla luce di quanto sin qui esposto, c'è - dunque - da domandarsi se le Adunanze Plenarie nn. 17 e 18/2021 abbiano o meno risolto la dibattuta questione della compatibilità del regime di proroga delle concessioni demaniali con il diritto eurounitario o se le suddette pronunce non rappresentino, piuttosto, solo un punto di partenza per la definizione della problematica.

Al di là delle critiche mosse, non è revocabile in dubbio che il Consiglio di Stato abbia inciso in modo profondo sull'assetto delle concessioni demaniali, apportando un contributo fondamentale che troverà il suo epilogo, nell'emanazione di una disciplina uniforme della materia a tutela dell'economia e della concorrenza.

BIBLIOGRAFIA

Cannizzaro E., *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18 dell'Ad. Plen. del Consiglio di Stato* in Giustiziainsieme.it, 2021

Durante N. “E’ davvero sceso il sipario sulle concessioni turistico-ricreative?” in <http://www.lexitalia.it/a>, 16 maggio 2022

Garofoli R., Ferrari G., *Manuale di Diritto Amministrativo*, Nel diritto Editore, 2015, pp. 17-22.

Garofoli R., Ferrari G., *Manuale di diritto amministrativo*, Nel Diritto Editore, 2015, pp. 24-30.

Guzzo G. e Pallagiano R. “Concessioni demaniali marittime e A.P. del Consiglio di Stato. Il difficile equilibrio tra esigenze di coerenza con il diritto eurounitario, incertezze interpretative e possibili invasioni di campo” in <http://www.lexitalia.it/a>, 2 gennaio 2022

Lemma V., Stippoli E., *Il Sistema delle fonti* in Corso di Diritto Pubblico dell'Economia a cura di M. Pellegrini, WOLTERS KLUWER ITALIA, 2016, pp.117-124.

Lemma V., Stippoli E., *Il Sistema delle fonti* in Corso di Diritto Pubblico dell'Economia a cura di M. Pellegrini, WOLTERS KLUWER ITALIA, 2016, pp.105-116.

Lopilato V., *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli Editore, 2020, pp. 141-149.

Ortino M., *Il soft law nella disciplina dei mercati finanziari*, in “Banca Impresa Società” (ISSN 1120-9453) Fascicolo 1, aprile 2020, Mulino, Bologna, pp. 93-130.

Sandulli M.A., *Introduzione al numero speciale sulle “concessioni balneari” alla luce delle sentenze nn.17 e 18 dell'Adunanza Plenaria*, in *Rivista Diritto e Società* n. 3/2021.

