

Risorse scarse e interesse transfrontaliero nelle concessioni demaniali marittime. Il giudice che si sostituisce all'amministrazione? Brevi riflessioni a margine delle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria nn. 17 e 18 del 2021

Massimino Crisci

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le concessioni demaniali marittime, la posizione del diritto europeo con la sentenza Promoimpresa e l'adesione delle sentenze dell'Adunanza Plenaria nn. 17 e 18 del 2021. – 3. Critica alla ricostruzione della Plenaria in ordine alla sussistenza della "scarsità delle risorse naturali" e dell'"interesse transfrontaliero certo". Il giudice che si sostituisce all'amministrazione. – 4. La proroga delle concessioni è "sempre" in contrasto con il diritto comunitario? Spunti per una ricostruzione alternativa in seno all'Adunanza Plenaria.

1. *Premessa*

L'annosa questione delle concessioni demaniali marittime (e lacuali) ad uso turistico-ricreativo sembra essere giunta ad una conclusione a seguito delle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 9 novembre 2021, nn. 17 e 18 del 2021.

Ma è effettivamente così?

La presa di posizione del massimo consesso amministrativo, infatti, è stata da più autorevoli voci criticata sotto vari profili¹, pur essendovi una tendenziale con-

¹ G. Guzzo, R. Palligiano, *Concessioni demaniali marittime e A.P. del Consiglio di Stato. Il difficile equilibrio tra esigenze di coerenza con il diritto euro unitario, incertezze interpretative e possibili invasioni di campo*, in *www.lexitalia.it*, 2 gennaio 2022. M.A. Sandulli, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, in *Diritto e Società*, n. 3-2021, Napoli, 331 ss. Alcune delle critiche più pungenti mosse alle decisioni del Consiglio di Stato riguardano le tecniche giuridiche attraverso le quali si è sorretto il principio di supremazia del diritto comunitario. Di particolare interesse è la

divisione della *ratio* più intima di tali decisioni: la supremazia dei vincoli comunitari rispetto ad una proroga “generale e diffusa” di tutte le concessioni esistenti.

Il presente scritto, pur condividendo le perplessità in merito all’arrogazione da parte del Consiglio di Stato di prerogative decisorie proprie esclusivamente della Corte Costituzionale², dopo una brevissima ricostruzione del quadro storico-normativo, intende affrontare la questione sotto lo specifico profilo sostanziale della sussistenza dei presupposti per l’applicazione diretta della normativa comunitaria³ alle concessioni demaniali in essere e del suo corretto rapporto con l’assetto interno della potestà amministrativa.

In tale prospettiva, lumeggiando – senza alcuna pretesa di esaustività – una possibile illegittimità delle decisioni della Plenaria per “sconfinamento” dalla giurisdizione amministrativa e offrendo brevi spunti per una differente calibrazione del rapporto tra diritto comunitario e diritto interno, applicabile ai futuri procedimenti di rilascio e rinnovo delle concessioni demaniali di interesse.

2. *Le concessioni demaniali marittime: il diritto italiano, la posizione del diritto europeo con la sentenza Promoimpresa e l’adesione delle sentenze dell’Adunanza Plenaria nn. 17 e 18 del 2021*

Storicamente, la dottrina italiana ha sempre evidenziato la rilevanza del demanio marittimo quale elemento essenziale della libertà della persona⁴.

contestazione in ordine alla postulata natura *self executing* della Direttiva Bolkenstein che, in realtà, è stata recepita con apposita legge nazionale (d.lgs. 59 del 2010), chiarendo la possibilità di temperamenti al meccanismo di selezione concorrenziale, cfr. M.A. Sandulli, *op. ult. cit.*, 350 ss. Si è altresì sollevata la “irritualità” dell’utilizzo dello strumento di postergazione degli effetti della sentenza –proprio della Corte Costituzionale, cfr. E. Lamarque, *Le due sentenze dell’Adunanza Plenaria... le gemelle di Shining?*, in *Diritto e Società*, 2021, 3, Napoli, 473 ss. – da cui discende la palese contraddizione per cui la L. 145/2018, pur dovendosi considerare *tamquam non esset* in ragione della sua disapplicazione, legittimerà le proroghe delle concessioni fino al 2023, cfr. M.A. Sandulli, *op. ult. cit.*, 354 ss.

² E. Lamarque, *cit.*, 475 ss.

³ In particolare si affronterà l’applicazione generalizzata dell’art. 12 della Dir. 2006/123/CE nella consapevolezza che con sentenza n. 360/15 del 30 gennaio 2018 la CGUE ha chiarito che «le disposizioni del capo III della direttiva 2006/123, relativo alla libertà di stabilimento dei prestatori, devono essere interpretate nel senso che si applicano anche a una situazione i cui elementi rilevanti si collocano tutti all’interno di un solo Stato membro».

⁴ V. Caputi Jambrenghi, *L’interesse pubblico nelle concessioni demaniali marittime*, in *In litore maris – poteri e diritti in fronte al mare*, (a cura di) D. Granara, Torino, 2019, 69. Per una ricostruzione storico giuridica del demanio marittimo, oltre allo scritto innanzi citato v. A.M. Sandulli, *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, V, Milano 1959, 287; F.A. Querci, *Demanio marittimo*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964. M. Casanova, *Demanio marittimo e poteri locali*, Milano, 1986, 51 e ss.; V. Caputi Jambrenghi, *Beni Pubblici*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988; N. Carnimeo, *Spunti per una riforma nella disciplina dei beni del demanio marittimo e dell’impresa balneare*, in *L’impresa balneare nel demanio marittimo*, (a cura di) S. Zunarelli e N. Carnimeo, Bari, 2019, 5 e ss. Per una disamina complessiva della disciplina relativa allo sfruttamento del demanio costiero v. F. Fracchia, *La disciplina delle coste: prospettive giuridiche e scientifiche*, in *Dir. econ.*, 2015, 241 e ss.

In tale prospettiva, la demanialità della costa è stata ricostruita in termini di “proprietà-dovere”, in cui il proprietario del bene pubblico, in quanto aperto alla fruizione collettiva, è il cittadino, mentre l’amministrazione è gravata dall’onere di manutenzione del bene stesso⁵.

Anche in ragione di ciò, la normativa interna italiana ha ritenuto la fattispecie delle concessioni balneari estranea alle logiche di mercato, sottraendola al rispetto “pieno” del principio di concorrenza e stabilendo la necessità di uno “pseudo” confronto concorrenziale soltanto per individuare –in caso di più domande– quale prevedesse la più proficua utilizzazione del bene, rispondendo ad un più rilevante interesse pubblico⁶.

Al contrario, il diritto comunitario, anche in ragione della sua minore stratificazione storica, ha sempre propeso per una valorizzazione del profilo economico del bene, rinveniente dallo sfruttamento dello stesso a mezzo erogazioni di servizi. Da ciò facendone discendere l’applicabilità dei principi concorrenziali anche a tale mercato, declinata attraverso l’applicazione della Direttiva 2006/123 (c.d. Bolkenstein) alle concessioni demaniali marittime.

Ed è proprio in tale differenza di prospettiva ricostruttiva che è nato e si è sviluppato il contrasto tra le previsioni comunitarie ed il diritto interno italiano.

⁵ V. Caputi Jambrenghi, *L’interesse pubblico nelle concessioni demaniali marittime*, cit., 70.

⁶ L’art. 37 del Codice della Navigazione, nella sua originaria forma, prevedeva: «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. Quando non ricorrano tali ragioni di preferenza, per le concessioni di durata superiore al quadriennio o che importino impianti di difficile sgombero, si procede a pubblica gara o a licitazione privata. Nello stesso caso, per le concessioni di durata non superiore al quadriennio e che non importino impianti di difficile sgombero, la preferenza è data al precedente concessionario e, in mancanza, si procede a licitazione privata».

Di particolare interesse, proprio per la comprensione della percezione della fattispecie da parte del legislatore italiano, è la previsione di un giudizio di pura discrezionalità per la valutazione dell’interesse pubblico più rilevante, accompagnato e completato da un “diritto di insistenza” in favore del concessionario uscente. La norma è stata poi modificata con due interventi legislativi ad opera del d.l. 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, con l. 4 dicembre 1993, n. 494 e del d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, dalla l. 26 febbraio 2010, n. 25, mantenendo in ogni caso inalterata la *ratio* di sottrazione delle fattispecie al confronto concorrenziale puro. La ragione di fondo è ben compendiata da V. Caputi Jambrenghi, *L’interesse pubblico nelle concessioni demaniali marittime*, op. ult. cit., 77 secondo cui «In omaggio ad una valutazione economica in base alla quale l’offerta di un termine lungo di stabilità della concessione balneare procura un ritorno d’interesse pubblico in quanto l’imprenditore è sospinto verso un investimento nelle strutture migliori per l’uso balneare adeguato se la sua spesa sia ammortizzabile in un termine ragionevolmente lungo». Sulla differenza tra impostazione interna e comunitaria in ordine alle concessioni demaniali marittime vedasi anche G. Carullo, A. Monica, *Le concessioni demaniali marittime nel mercato europeo dei servizi: la rilevanza del contrasto locale e le procedure di aggiudicazione*, in *www.federalismi.it*, 23 settembre 2020; cfr. anche, con spunti critici sulle sentenze dell’A-dunanza Plenaria, R. Dipace, *L’incerta natura giuridica delle concessioni demaniali marittime: verso l’erosione della categoria*, in *Diritto e Società*, 2021, 3, 419 ss.. Sulla ricostruzione della fattispecie concessoria, invece, si rimanda esaurientemente a F. Fracchia, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 2007, 250 ss.

Difatti, pur conscio dell'insorto contrasto tra la propria impostazione e quella unionale⁷, anzi, forse proprio in virtù di questa consapevolezza, il legislatore italiano, già con i d.l. 30 dicembre 2009, n. 194 e d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, aveva previsto una proroga automatica delle concessioni vigenti, giustificando tale scelta con la necessità di un tempo congruo per poter provvedere al riordino normativo della materia⁸.

Medio tempore, interveniva la nota sentenza *Promoimpresa* (Corte Giustizia UE, sentenza 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15), culmine di un lungo percorso di interpretazione giuridica, che sanciva l'impossibilità di proroga delle concessioni demaniali in scadenza, rilevando che un rinnovo "a tappe" delle concessioni già rilasciate, di fatto, costituisca una sottrazione al mercato comunitario di fattispecie di investimento economicamente rilevante.

La decisione unionale sosteneva la contrarietà della proroga automatica delle concessioni demaniali, secondo due direttrici giuridiche autonome: da un lato il contrasto con l'art. 12 della Dir. 2006/123/CE (c.d. Direttiva Bolkenstein) e, dall'altro, il contrasto con l'art. 49 TFUE.

Il primo livello di analisi prendeva le mosse dalla sussunzione della fattispecie concessoria del demanio marittimo ai fini turistico-ricreativi nell'alveo applicativo della Direttiva Bolkenstein), qualificando le concessioni demaniali in parola come "autorizzazioni", comunque sottratte alla disciplina del codice degli appalti (d.lgs. 50 del 2016)⁹.

⁷ Con la prima procedura di infrazione n. 2008/4908, sollevata dalla Commissione europea con la lettera di messa in mora del 29 gennaio 2009 si è contestato che l'art. 37 cod. nav. (e l'art. 9 della l.r. Friuli Venezia Giulia 13 novembre 2006, n. 22) conferissero una preferenza al concessionario uscente (c.d. diritto di insistenza), in violazione dell'art. 49 TFUE. Con successiva lettera integrativa del 5 maggio 2010, la Commissione ha rilevato che le modifiche apportate dal d.l. 30 dicembre 194 all'art. 37 cod. nav., pur abrogando formalmente il diritto di insistenza, in sede di conversione in legge, avessero introdotto un meccanismo complesso di rinnovo automatico delle concessioni di sei anni in sei anni. Si rimanda per brevità all'esautivo lavoro ricostruttivo di C. Benetazzo, S. Gobatto, *Concessioni balneari in Italia e Direttiva 2006/123/EC, nel contesto europeo – studio per la commissione PETI*, in www.europarl.europa.eu/supporting-analyses, 2017, 29 ss.

⁸ La procedura di infrazione n. 2008/4908 è stata chiusa dalla Commissione europea il 27 febbraio 2012 a seguito dell'emanazione, da parte dell'Italia, dell'art. 11 della l. 15 dicembre 2011 n. 217, che ha abrogato la previsione normativa che consentiva il rinnovo automatico di sei anni in sei anni. La l. 15 dicembre 2011 n. 217 ha, inoltre, conferito al Governo italiano la delega ad adottare (entro quindici mesi) «un decreto legislativo avente ad oggetto la revisione ed il riordino della legislazione relativa alle concessioni demaniali marittime». In particolare la delega imponeva al Governo di «prevedere criteri e modalità di affidamento nel rispetto dei principi di concorrenza, libertà di stabilimento, di garanzia dell'esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti», C. Benetazzo, S. Gobatto, cit., 32. Successivamente alla chiusura della procedura di infrazione, con l'art. 34 *duodecies*, il d.l. 179 del 2012 interveniva prorogando *ex lege* le concessioni in essere fino al 31 dicembre 2020.

⁹ V. Caputi Jambrenghi, *L'interesse pubblico nelle concessioni demaniali marittime*, op. ult. cit., 94, che chiarisce come «il concetto di concessione di bene pubblico, attrezzato o da attrezzare, non è, com'è noto, negli schemi logici effettivi dell'unione [...]». Tale affermazione riecheggia anche in G. Carullo, A. Monica, *Le concessioni demaniali marittime nel mercato europeo dei servizi: la rilevanza del contrasto locale e le procedure di aggiudicazione*, cit., laddove si ricostruisce la concessione balneare in termini prettamente economici.

In particolare, i giudici comunitari, pur partendo dalla previsione generale per cui le autorizzazioni non siano “tendenzialmente” soggette a limiti temporali¹⁰, ritenevano, in via di eccezionalità rispetto alla regola generale, che la fattispecie delle concessioni balneari trovasse la sua disciplina specifica nell’art. 12 della Direttiva¹¹, secondo cui non sarebbe possibile un’autorizzazione prorogabile o rinnovabile *sine die* quando la stessa involga risorse naturali limitate, per il cui affidamento sarebbe quindi necessario lo svolgimento di una procedura comparativa rispettosa dei principi di imparzialità e trasparenza.

Dunque, pur non riconducendo le concessioni demaniali marittime nell’ambito applicativo del codice degli appalti, la Corte di Giustizia non di meno riteneva che l’attribuzione di tali aree demaniali – avendo rilevanza economica – fosse *ad tempus* e dovesse in ogni caso soggiacere ad una selezione concorrenziale, senza possibilità di rinnovo automatico.

La specifica disciplina dell’art. 12 della Direttiva Bolkenstein, però, avrebbe potuto trovare applicazione soltanto in caso di sussistenza del presupposto della limitatezza delle autorizzazioni rilasciabili in ragione della scarsità delle risorse naturali.

Sussistenza il cui accertamento era demandato al “giudice del rinvio” dei singoli Stati.

Nel chiarire la competenza “interna” per la valutazione della scarsità delle risorse naturali, la Corte europea, sul punto, evidenziava che la natura locale (e più precisamente comunale) e non già nazionale delle concessioni, avrebbe dovuto essere presa in attenta considerazione ai fini della valutazione della scarsità delle risorse¹².

¹⁰ L’art. 11, comma 1, Dir. 2006/123/CE espressamente prevede che «L’autorizzazione rilasciata al prestatore non ha durata limitata, ad eccezione dei casi seguenti: a) l’autorizzazione prevede il rinnovo automatico o è esclusivamente soggetta al costante rispetto dei requisiti; b) il numero di autorizzazioni disponibili è limitato da un motivo imperativo di interesse generale; o c) una durata limitata è giustificata da un motivo imperativo di interesse generale».

¹¹ È essenziale riportare il testo esteso dell’art. 12 Dir. 2006/123/CE: «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».

¹² La sentenza Promoimpresa (Corte Giustizia UE, sentenza 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15), al punto 43, espressamente afferma «per quanto riguarda, più specificamente, la questione se dette concessioni debbano essere oggetto di un numero limitato di autorizzazioni per via della scarsità delle risorse naturali, spetta al giudice nazionale verificare se tale requisito sia soddisfatto. A tale riguardo, il fatto che le concessioni di cui ai procedimenti principali siano rilasciate a livello non nazionale, bensì comunale deve, in particolare, essere preso

Inoltre il giudice comunitario riteneva la fattispecie in analisi rilevante anche (ed autonomamente) sotto il profilo del diritto di libero stabilimento dei cittadini europei, declinato in chiave economica.

In tale prospettiva, dunque, la Corte concludeva per il contrasto della proroga automatica delle concessioni anche con l'art. 49 TFUE, purché sussistesse una rilevanza transfrontaliera certa dell'autorizzazione¹³, anch'essa da verificarsi caso per caso ad opera del "giudice del rinvio".

Nonostante la chiara posizione della giurisprudenza comunitaria, il legislatore italiano, atteso che l'annunciato riordino legislativo della materia delle concessioni demaniali marittime non era stato minimamente approntato, disponeva con l'art. 1 co. 682 e ss. l. 145 del 2018 una nuova proroga *ex lege*, automatica e generalizzata, per ben 15 anni delle concessioni in essere^{14 15}.

in considerazione al fine di determinare se tali aree che possono essere oggetto di uno sfruttamento economico siano in numero limitato». Detto profilo sarà trattato e ripreso nel prosieguo della presente disamina.

¹³ L'art. 49 TFUE predica espressamente quale requisito per la sua applicazione l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo. Coerentemente con quanto affermato in ordine alla valutazione della scarsità delle risorse naturali, anche per la rilevanza transfrontaliera la Corte sosteneva che la relativa valutazione fosse demandata al giudice nazionale, giungendo anche a dichiarare irricevibile la questione pregiudiziale sollevata con la causa C-67/15 per mancata allegazione degli elementi che consentissero di appurare l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo nella singola fattispecie.

¹⁴ La natura del provvedimento legislativo adottato è stata chiarita proprio dall'Adunanza Plenaria con le sentenze nn. 17 e 18 del 2021, le quali hanno rintracciato i caratteri della c.d. "legge-provvedimento" rispetto alla quale la successiva attività delle singole amministrazioni si atteggiava quale attività ricognitiva, scevra da profili di valutazione discrezionale. Detto altrimenti, rispetto alla previsione legislativa, le singole amministrazioni non avrebbero potuto diniegare, se non per altri motivi indipendenti dalla scadenza del contratto di concessione, la proroga. Su tale argomento l'Adunanza Plenaria fonda il "superamento" del *punctum dolens* dell'autotutela dei provvedimenti di proroga. Difatti, pur asserendo l'assenza di un obbligo di autotutela di un provvedimento contrastante con il diritto comunitario, il fatto che l'effetto costitutivo della proroga discendesse direttamente dalla legge (provvedimento), determinava *ex se* il venir meno degli effetti a seguito della disapplicazione della norma, non incidendo i singoli provvedimenti di proroga, di natura meramente ricognitiva. Tuttavia, in dottrina si sono sollevate autorevoli voci che hanno evidenziato la contraddittorietà della decisione plenaria. In particolare secondo M.A. Sandulli, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria, op. cit.*, 354 «le sentenze incorrono anche in una contraddizione che non pare superabile: se il primato del diritto UE e la pretesa valenza auto applicativa 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, essere 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».

¹⁵ Sul dibattito intorno alla figura della legge-provvedimento v. *ex plurimis* F. Cammeo, *Della manifestazione di volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in V.E. Orlando, *Primo Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 1907, III, 94; C. Mortati, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1969; A. Franco, *Leggi provvedimento, principi generali dell'ordinamento, principio del giusto procedimento*, in *Giur. cost.*, 1989, II, 1056; G.U. Rescigno, *Leggi-provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi-provvedimento costituzionalmente illegittime*, in *www.astrid-online.it*, 22 settembre 2007; F. Pagano, *Legittimo affidamento e attività legislativa nella giurisprudenza della Corte costituzionale e delle Corti sovranazionali*, in *Dir. pubbl.*, 2014; F. Zammartino, *Le leggi provvedimento nella giurisprudenza delle corti nazionali ed europee tra formalismo interpretativo e tutela dei diritti*, in *Rivi-*

Il contrasto tra la disciplina interna e quella comunitaria, pertanto, esplodeva in tutta la sua criticità, conducendo ad un momento di profonda incertezza giuridica per le amministrazioni concedenti, strette tra l'anelito a dare esecuzione al dettato normativo¹⁶ interno e le (quasi) continue statuizioni annullatorie della giurisprudenza amministrativa¹⁷ sull'operato amministrativo aderente alla disciplina nazionale.

Il legislatore italiano, sordo alla voce comune emersa in sede giurisprudenziale, "coglieva l'occasione" dell'emergenza sanitaria per reiterare la previsione della l. 145 del 2018, ritenendo di poterla giustificare alla luce della crisi economica conseguente alla pandemia.

Così alimentando ulteriormente il momento di confusione delle amministrazioni concedenti.

Con l'art. 182 co. 2 del d.l. 34 del 2020, difatti, il Parlamento ha fondamentalmente riconfermato il dettato dell'art. 1 co. 682 e ss., l. 145 del 2018 («Fermo restando quanto disposto nei riguardi dei concessionari dall'articolo 1, commi 682 e seguenti, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 [...]»), arricchendo-

sta AIC, 4, 2017, 1 ss.; S. Caldarelli, *L'illegittimità costituzionale della legge-provvedimento e la "riserva" di provvedimento amministrativo (Nota a Corte Costituzionale n.116/2020)*, in www.giustiziainsieme.it, 22 luglio 2020.

¹⁶ Fino al momento del chiarimento della natura "provvedimentale" della l. 145/2018, l'attività amministrativa delle amministrazioni concedenti ha avuto per lo più natura discrezionale e non meramente ricognitiva. D'altronde, la confusione ingenerata dal modello legislativo ibrido è stata altresì alimentata anche dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato che, facendo uso della propria facoltà prevista dall'art. 21-bis l. 287 del 1990, ha impugnato in svariate occasioni gli atti comunali (anche di natura prettamente politica) innanzi ai competenti T.A.R., consolidando il diffuso convincimento che quelli espressi dalle p.a. locali dovessero essere veri e propri provvedimenti discrezionali.

¹⁷ La giurisprudenza interna maggioritaria, anche su propulsione dell'Autorità garante della concorrenza, allineandosi ai principi comunitari che parevano essere stati sanciti in via di vincolante esegesi dalla CGUE, e ritenendo gli stessi di applicazione generalizzata a tutte le concessioni demaniali marittime, aveva pertanto casato i provvedimenti contrari adottati dalle varie amministrazioni locali, spingendosi ad affermare che il potere di disapplicazione dovesse essere direttamente utilizzato dalla p.a. nell'esercizio della propria potestà concessoria. Inoltre, l'evoluzione pretoria dell'Autorità giudiziaria amministrativa aveva interpretato il rapporto tra l'art. 12 Dir. 2006/123/CE e l'art. 49 TFUE, nel senso di una loro autonomia applicativa, senza valorizzarne il rapporto di subordinazione gerarchica. Secondo la sentenza n. 7874 del 18 novembre 2019 emanata dalla VI sezione del Consiglio di Stato, madre del successivo orientamento, infatti, «La Corte di giustizia, più specificamente, chiamata a pronunciarsi sulla portata dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE (c.d. Bolkestein) del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno (direttiva servizi), ha affermato, in primo luogo, che le concessioni demaniali marittime a uso turistico-ricreativo rientrano in linea di principio nel campo di applicazione della suindicata direttiva, restando rimessa al giudice nazionale la valutazione circa la natura "scarsa" o meno della risorsa naturale attribuita in concessione, con conseguente illegittimità di un regime di proroga ex lege delle concessioni aventi ad oggetto risorse naturali scarse, regime ritenuto equivalente al rinnovo automatico delle concessioni in essere, espressamente vietato dall'art. 12 della direttiva. In secondo luogo, la Corte di giustizia ha affermato che, per le concessioni alle quali la direttiva non può trovare applicazione, l'art. 49 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) osta a una normativa nazionale, come quella italiana oggetto dei rinvii pregiudiziali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentino un interesse transfrontaliero certo». Le sole "voci" dissonanti rispetto a tale granitico orientamento erano quelle del T.A.R. di Lecce e del T.A.R. di Catania fondate, peraltro, su tesi giuridiche profondamente differenti tra loro.

lo sotto il profilo del divieto di devoluzione delle opere stabili ed indicando una nuova *ratio* normativa: quella del rilancio del settore economico e del contenimento dei danni economici arrecati al settore dalla pandemia.

La scelta di “ribadire” la previsione legislativa in seno ad un testo di decretazione d’urgenza mirato a disciplinare la situazione emergenziale appare, ad avviso dello scrivente, chiara: rilanciare il settore a seguito dei danni economici arrecati dalla pandemia, riecheggando il tentativo di offrire una nuova veste costituzionale alla disciplina, che potesse giustificare e superare il suo contrasto con la sovraordinata normativa comunitaria¹⁸.

Tuttavia, la finalità appariva *ictu oculi* assolutamente inconciliabile con una previsione di proroga per ben 15 anni.

Tale orizzonte temporale risultava eccessivo rispetto alla mera necessità di garantire il rilancio del settore, talché appariva evidente la reale volontà di aggiramento dei limiti imposti dal diritto europeo.

È dunque questo il contesto in cui sono intervenute le sentenze gemelle dell’Adunanza Plenaria nn. 17 e 18 del 9 novembre 2021, il cui obiettivo avrebbe dovuto essere quello di mettere un punto fermo alla *querelle*¹⁹.

¹⁸ Se, infatti, in periodo “di pace” la deroga alla superiore normativa unionale non avrebbe potuto trovare albergo nel nostro ordinamento, una rilettura della situazione economica imposta dall’emergenza pandemica, avrebbe potuto consentire di valutare la disposta proroga, non già quale norma anticoncorrenziale, bensì quale misura di salvaguardia dell’iniziativa economica privata, costituzionalmente garantita dall’art. 41 Cost., variandosi i parametri del bilanciamento degli interessi in gioco.

¹⁹ La questione è stata deferita all’Adunanza Plenaria con decreto n. 160 del 24 maggio 2021, per la prima volta esercitando la funzione di cui all’art. 99 comma 2 c.p.a. («Prima della decisione, il presidente del Consiglio di Stato, su richiesta delle parti o d’ufficio, può deferire all’adunanza plenaria qualunque ricorso, per risolvere questioni di massima di particolare importanza ovvero per dirimere contrasti giurisprudenziali»), sottoponendo i seguenti quesiti: «1) se sia doverosa, o no, la disapplicazione, da parte della Repubblica Italiana, delle leggi statali 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 a 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* della legge 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, del 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, della l. 30 dicembre 2018, n. 145». L’utilizzo dello strumento monocratico per il deferimento all’Adunanza Plenaria di una questione di particolare importanza, tradisce l’urgenza e la vocazione fortemente “politica” della decisione, diretta

Tuttavia, la posizione del massimo consesso amministrativo, nel suo anelito a dirimere definitivamente l'insorto contrasto, si è esposta a plurime critiche, in particolare sotto il profilo degli strumenti giuridico-processuali utilizzati²⁰.

Ad avviso di chi scrive, inoltre, le complesse decisioni dell'Adunanza²¹ appaiono criticabili anche sotto il profilo sostanziale, essendosi spinte fino ad un accertamento aprioristico e generalizzato dei presupposti giuridico-fattuali necessari per l'applicazione dei vincoli comunitari.

Secondo i giudici di Palazzo Spada in massima assise, infatti, sarebbero rintracciabili *in re ipsa* – secondo una ricostruzione aprioristica e generalizzata – i presupposti della scarsità di risorse naturali (previsto dall'art. 12 Dir. 2006/123) e dell'interesse transfrontaliero certo (imposto dall'art. 49 TFUE) per tutte le concessioni demaniali marittime del territorio italiano.

Presupposti, questi, impreteribili per aprire la strada all'applicazione degli art. 12 Dir. 2006/123/CE e art. 49 TFUE²².

Ma una valutazione esplicita in questi termini – che certamente ha il pregio di permettere un'applicazione uniforme della disciplina unionale su tutta la penisola italiana – spetta all'Autorità giurisdizionale? *A fortiori* a quella amministrativa?

3. *Critica alla ricostruzione della Plenaria in ordine alla sussistenza della "scarsità delle risorse naturali" e dell'"interesse transfrontaliero certo". Il giudice che si sostituisce all'amministrazione?*

La stessa Adunanza Plenaria afferma come uno degli argomenti contrari all'applicazione dell'art. 12 della Direttiva Bolkenstein risieda nel fatto che «le

a risolvere l'*impasse* in cui è caduto il Parlamento. Critica con questa finalità è M.A. Sandulli, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, cit.

²⁰ E. Lamarque, *Le due sentenze dell'Adunanza Plenaria... le gemelle di Shining?*, cit., in cui evidenzia come il Consiglio di Stato si sia "appropriato" delle competenze proprie della Corte costituzionale sia per quanto attiene all'applicazione dei c.d. "controlimiti" alla supremazia del diritto comunitario, sia per quanto riguarda il differimento temporale dell'efficacia delle proprie statuizioni.

²¹ Le decisioni dell'Adunanza Plenaria, infatti, manifestano un contenuto estremamente complesso e variegato che impinge in più istituti, processuali e sostanziali, del diritto amministrativo e comunitario. Per la trattazione di tutte le tematiche trattate dalle decisioni dell'Adunanza Plenaria v. *ex plurimis*, *Diritto e Società*, 2021, 3. La presente trattazione, invece, si concentra esclusivamente – sorvolando volutamente sugli altri ambiti di discussione – sulla sussistenza dei presupposti giuridico-fattuali per l'applicazione della normativa unionale: la scarsità delle risorse naturali oggetto di concessione e l'interesse transfrontaliero certo all'affidamento in concessione.

²² Si conosce perfettamente l'orientamento comunitario secondo cui la Dir. 2006/123/Ce debba trovare applicazione anche alle fattispecie a rilevanza esclusivamente "interna". Tuttavia, il contrasto emerso tra la disciplina nazionale e quella comunitaria è segnatamente limitato all'art. 12 della Direttiva Bolkenstein. Sicché, come si vedrà meglio nel prosieguo della presente trattazione, ove difetti il presupposto della scarsità delle risorse da concedere, si potrebbe considerare superato il contrasto insorto, potendosi predicare una possibile "compatibilità" comunitaria della proroga delle concessioni demaniali in essere.

aree demaniali marittime, fluviali o lacuali non potrebbero in ogni caso considerarsi risorse scarse: mancherebbe, quindi, anche in fatto, il presupposto per applicare la norma della direttiva servizi».

Per superare tale deduzione, l'Assise Plenaria prende le mosse dai dati del Ministero delle Infrastrutture, per ricostruire una nozione di scarsità delle risorse declinata in senso "relativo" e non già in termini assoluti «tenendo conto non solo della "quantità" del bene disponibile, ma che dei suoi aspetti qualitativi, e di conseguenza, della domanda che è in grado di generare da parte di altri potenziali concorrenti».

Dalla combinazione dei profili quantitativi e qualitativi, pertanto, emergerebbe una quasi totale saturazione dei tratti costieri "liberi", sì da giungere alla conclusione per cui «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 suscettibili di essere date in concessione».

Sotto il profilo strettamente fattuale, non può non convenirsi con le conclusioni raggiunte, plaudendo ad una ricostruzione non formalistica della nozione di "scarsità delle risorse" che, di fatto, impedisce una strumentalizzazione dei dati finalizzata allo sfruttamento selvaggio del bene costiero, sicuramente meritevole di tutela sia sotto il profilo paesaggistico-ambientale²³, sia sotto il profilo economico.

Di converso, ciò che – a sommosso avviso dello scrivente – non convince è la "sede" in cui tale valutazione è stata effettuata.

Spetta, infatti, direttamente all'autorità giudiziaria e senza il preventivo filtro dell'amministrazione concedente, accertare la ricorrenza del presupposto fattuale per l'individuazione della disciplina applicabile al rilascio della concessione?

L'abbrivio seguito dalla Plenaria, sotto tale profilo, reca in sé il rischio di una pericolosa "estensione" del potere di *iuris dicere* dell'Autorità giurisdizionale amministrativa, ben oltre i suoi limiti, legislativamente individuati.

È di immediata percezione, infatti, che quella svolta dalla Plenaria sia a tutti gli effetti una valutazione diretta in ordine al presupposto fattuale per l'applicazione della norma comunitaria, che impinge nella sfera valutativa discrezionale della stessa amministrazione, sostituendosi *ab ovo* a quest'ultima.

Detto altrimenti, con le decisioni in parola, il giudice amministrativo – nella sua funzione nomofilattica – ha esteso la propria giurisdizione oltre i confini del controllo sull'azione amministrativa, spingendosi fino all'esercizio diretto ed immediato²⁴ della funzione amministrativa attiva, ad essa normalmente precluso.

²³ Sul punto si segnala la crescita del sentimento –prima comune e poi giuridico– di garantire la tutela ambientale, al punto da prevedere recentemente il suo inserimento tra i principi della Costituzione con la l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1.

²⁴ Nel senso di "non mediato" dalla preventiva azione provvedimentoale della pubblica amministrazione.

Difatti, ad avviso di chi scrive, l'apprezzamento della scarsità della risorsa costiera, anche in ragione della varietà di situazioni del territorio italiano, debba essere necessariamente sussunta all'interno dell'attività amministrativa attiva da riconoscersi in capo ai singoli Enti civici, secondo il principio di sussidiarietà verticale diviso dall'art. 118 della Costituzione²⁵.

Soltanto la conoscenza diretta del territorio e delle sue peculiarità caratterizzanti in termini di sfruttabilità, permetterebbe all'amministrazione – cui è direttamente demandata la sua cura – di poter esprimere correttamente una valutazione in merito alla effettiva saturazione del mercato delle concessioni demaniali.

Ne consegue pertanto che, nella fisiologica dinamica procedimentale concessoria, sia demandato alle singole amministrazioni comunali – titolari del relativo potere – la primigenia valutazione di opportunità del rilascio di nuove concessioni, in rapporto alla saturazione del mercato²⁶.

D'altro canto, a tale finalità risponde anche la previsione di una vera e propria pianificazione, tanto a livello comunale quanto a livello regionale, per lo sviluppo del territorio costiero.

Pianificazione il cui scopo è, appunto, valorizzare, per macro aree territoriali (coincidenti con i singoli Comuni inseriti nel contesto complessivo regionale), le peculiarità dei singoli tratti costieri, soggetti a differente sfruttamento e a differente disponibilità di arenile balneabile.

Di ciò dà anche conto la stessa sentenza Promoimpresa, che al punto 43 espressamente avverte: «per quanto riguarda, più specificamente, la questione se dette concessioni debbano essere oggetto di un numero limitato di autorizzazioni per via della scarsità delle risorse naturali, spetta al giudice nazionale verificare se tale requisito sia soddisfatto. A tale riguardo, il fatto che le concessioni di cui ai procedimenti principali siano rilasciate a livello non nazionale, bensì comunale deve, in particolare, essere preso in considerazione al fine di determinare se tali aree che possono essere oggetto di uno sfruttamento economico siano in numero limitato».

Tale circostanza non è ignorata dall'Assise Plenaria che, per converso, la richiama espressamente (punto 25 di entrambe le decisioni).

Pur tuttavia, la conclusione del massimo concesso amministrativo non appare – sul punto – coerente con la premessa.

²⁵ Sul tema si richiama F. Fracchia, *Le funzioni amministrative nel nuovo art. 118 Cost. della Costituzione*, in *La revisione costituzionale del Titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo*, (a cura di) G.F. Ferrari e G.P. Parodi, Padova, 2003, 159 ss.

²⁶ Si ribadisce che tale valutazione non potrà, in ogni caso, essere effettuata in via autonoma e scollegata da parte dei singoli Comuni i quali dovranno comunque rapportare le proprie statuizioni rispetto ai superiori livelli di pianificazione e programmazione (regionali e nazionali), in modo da non legittimare una disparità di trattamento tra tratti costieri limitrofi, discendente da una visione "monistica" dei singoli territori comunali. In merito, *amplius* sul concetto di gestione integrata delle coste, v. F. Fracchia, *La gestione integrata delle coste*, in *Climate change: la risposta del diritto*, a cura di F. Fracchia e M. Occhiena, Napoli, 2010, 345 ss.

La Plenaria, infatti, pur dandone atto, sorvola sulla dimensione territoriale (comunale) delle concessioni e, con un ragionamento non limitato al caso in analisi, ma esteso ed applicabile direttamente a tutto il territorio nazionale, “cala dall’alto” una preventiva e aprioristica valutazione fattuale sulla scarsità delle risorse, partendo dal postulato della “unicità” del bene costa sotto il profilo del suo sfruttamento economico.

Ciò senza il necessario filtro del consumato esercizio di discrezionalità amministrativa (e di merito) da parte dell’Ente locale titolare del potere, ed anzi sostituendosi allo stesso.

L’insormontabile ostacolo ad un tale esercizio di potestà amministrativa da parte dell’autorità giudiziaria amministrativa è intuitivamente rintracciabile nel principio di separazione dei poteri²⁷.

Secondo tale immanente principio, posto alla base del nostro ordinamento, la pubblica amministrazione gode di una specifica “riserva”²⁸ (di amministrazio-

²⁷ L. Rossi, *Analisi della divisione dei poteri*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1939, v. *Poteri (divisione dei)*, anche in *Scritti vari di diritto pubblico*, V, Milano, 1939, 45 ss.; F. Bassi, *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, 17 ss.; F. Modugno, *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 472 ss.; G. Tarello, *Per una interpretazione sistematica de «L’Esprit des Lois»*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, I, Bologna, 1971, 11 ss.; G. Silvestri, *Poteri dello stato (divisione dei)*, in *Enc. Giur.*, XXXIV, Milano 1985, 670 e ss. C. Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, trad. it. di S. Cotta, I, Torino, 1996, Libro XI, cap. IV, 274. Interessante la posizione di M.S. Giannini sulla «forza molto minore di quanto appare» del principio della divisione dei poteri, che di per sé «non conduce direttamente all’esistenza di un diritto amministrativo» (M.S. Giannini, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi Sassaresi*, XVIII, 1940, anche in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, II, Milano, 1973, 192 ss.), secondo cui «l’essere il potere esecutivo separato dagli altri, o meglio il fatto che la funzione esecutiva sia attribuita, istituzionalmente e in via principale, a un gruppo determinato di organi, costituisce uno dei presupposti fondamentali per l’esistenza di un diritto della amministrazione il quale abbia propria fisionomia e individualità. Presupposto necessario, ma sempre presupposto, ossia non causa determinante. [...] se l’amministrazione non fosse distinta dagli altri poteri dello Stato, non potrebbe esistere un diritto di lei proprio; non è detto peraltro che, una volta tale distinzione attuata, necessariamente sorga un diritto amministrativo: esso può anche non sorgere, e l’amministrazione restar regolata da altro diritto, privato o pubblico».

²⁸ Sulla riserva di amministrazione, rinviando a quanto *funditus* affermato, cfr. M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966; D. Vaiano, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996; F. Rigano, *Scrutinio stretto di ragionevolezza sulle leggi provvedimento e riserva di amministrazione*, in *Le Regioni*, 1996, 521-529; M. Dogliani, *Riserva di amministrazione?*, in *Legge in sostituzione di atto amministrativo. Atti preparatori e attuativi di atto legislativo. Responsabilità del legislatore e responsabilità dell’amministrazione e verso l’amministrazione. Atti del XLVI convegno di studi di scienza dell’amministrazione*, Milano, 2001, 75 ss.; G. Manfredi, *Leggi provvedimento, forma di Stato, riserva di amministrazione*, in *Foro amm. CdS*, Milano, 2003, nota a Cons. Stato, sez. IV, 11 marzo 2003, n. 1321. Si osservi che il dibattito sulla riserva di amministrazione si è sviluppato principalmente intorno al fenomeno delle leggi-provvedimento che – seppur per aspetti del tutto estranei all’odierna trattazione – afferisce appunto alla soluzione legislativa prescelta dallo Stato italiano per disciplinare il rinnovo delle concessioni demaniali in essere. In tale contesto è stata evidenziata l’inconfigurabilità costituzionale di una riserva di amministrazione, rispetto all’azione del legislatore, così giustificando ad ammettendo il fenomeno delle leggi provvedimento, cfr. A. Cicciariello, *Legge-provvedimento, partecipazione al procedimento e democrazia partecipativa: il fuoco, il vertice e la direttrice della parabola (ascendente?) della riserva di amministrazione*, in www.amministrazioneincammino.it, 3 novembre 2009. Tuttavia tale approccio appare speculare e separato a quello che si pretende di valorizzare (senza alcuna pretesa di esaustività) nel pre-

ne, appunto) che esclude –tranne limitate ipotesi legislativamente previste²⁹– la possibilità per il potere giudiziario di sostituirsi *ex ante* e *ab intrinseco* alle scelte dell'amministrazione³⁰.

Ossequiando tale ineludibile principio, non venuto meno neppure con l'evoluzione della giurisdizione amministrativa da giurisdizione sull'atto a giurisdizione sul rapporto³¹, il meccanismo fisiologico che permetterebbe all'autorità giurisdizionale di vagliare la "scarsità delle risorse naturali" oggetto di concessione, sarebbe quello di esprimersi *ex post* sulla relativa valutazione effettuata a monte dall'amministrazione titolare del potere concessorio³².

L'esercizio della funzione amministrativa³³ da parte degli organi della p.a. è, dunque, l'elemento che permette l'esercizio della funzione giurisdizionale. In assenza del primo, difetta l'oggetto dello *iuris dicere*³⁴, atteso che non è consentito al giudice amministrativo esprimersi su «poteri amministrativi non ancora esercitati»³⁵.

sente scritto, in cui si intende rappresentare esclusivamente la necessità dell'esercizio della funzione amministrativa quale presupposto per la giustiziabilità dei provvedimenti amministrativi.

²⁹ Ovviamente il limite è riferito all'esercizio del potere autoritativo dell'amministrazione e non all'attività paritetica. Esempificativa delle eccezioni alla riserva di amministrazione è la c.d. giurisdizione di merito del giudice amministrativo, oggi disciplinata dall'art. 134 c.p.a., in cui è concesso all'autorità giurisdizionale amministrativa di sostituirsi *in toto* alla funzione amministrativa attiva.

³⁰ In ordine all'evoluzione storico normativa del rapporto tra potere amministrativo e sindacato giurisdizionale, nella vastissima letteratura in materia si rimanda tra i tanti a A. Sandulli, *Costruire lo Stato, La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009; U. Allegretti, *Storia costituzionale italiana*, Bologna, 2014; G. Melis, *La burocrazia*, Bologna, 2004; S. Cassese, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 27 ss.; S. Cassese, *Il diritto pubblico nella seconda metà del XX secolo*, Milano, 2001, 1013 ss.

³¹ V. nota 36.

³² D'altronde la valutazione del fatto da parte del giudice amministrativo costituisce una componente essenziale del giudizio di legittimità, tant'è che la non conformità dell'atto al fatto integra un vizio di legittimità del provvedimento, cfr. G. D'Angelo, *La cognizione del fatto nel processo amministrativo fra Costituzione, codice e ideologia del giudice*, in *www.jus.vitapensiero.it*, 3/2020, 6-7. Da tale prospettiva discende la necessità – apparentemente obliterata dalle decisioni dell'adunanza plenaria – che sulla valutazione di scarsità delle risorse si esprima a monte l'amministrazione concedente, così offrendo un ulteriore parametro di verifica di legittimità del provvedimento concessorio. Peraltro, trattandosi di una valutazione di fatto inerente un presupposto applicativo della normativa comunitaria (come si vedrà meglio *infra* ove l'accertamento di sussistenza del presupposto fosse negativo, ciò dovrebbe consentire la diretta applicazione della normativa nazionale)

³³ Sul passaggio da potestà amministrativa a funzione amministrativa, si invita alla lettura di M.T.P. Caputi Jambrenghi, *La funzione amministrativa neutrale*, Bari, 2017.

³⁴ Illuminante al fine di comprendere il rapporto che lega e separa il potere giudiziario da quello amministrativo è V. E. Orlando, *Principi di diritto amministrativo*, II ed., Firenze, 1892, 340: «se per indipendenza di due poteri si intende che ognuno d'essi debba vivere in una sfera propria, isolata, e respingere ogni rapporto con altro, come una diminuzione di dignità, in tal caso [...] dovremo ritenere [...] che, a priori, ogni modo di risoluzione dei conflitti si aggirerà in un circolo vizioso perenne. Ma par più vero ritenere che la distinzione dei poteri non induca già separazione, il che sarebbe contrario all'idea organica dello Stato, oramai non contrastata dall'indirizzio moderno della scienza. Ogni potere, per integrare la missione che gli spetta, può venire in rapporti con gli altri, e, quando i limiti delle funzioni reciproche son rispettati, non avremo in nessun caso subordinazione, ma necessario completamento».

³⁵ Art. 34 co. 3 c.p.a.

Al contrario, l'apertura dimostrata dalla Plenaria verso una così declinata "estrema pienezza"³⁶ della giurisdizione amministrativa, pare porsi in antitesi con il principio di separazione innanzi divisato, consentendo di fatto al giudice di sostituirsi alle singole amministrazioni nella primigenia valutazione del presupposto fattuale.

³⁶ Non si disconosce la recente evoluzione della giurisdizione amministrativa, positivizzata con l'approvazione del codice del processo amministrativo, da "giurisdizione sull'atto" a "giurisdizione sul rapporto". Tuttavia tale sviluppo è sempre risultato rispettoso della separazione dei poteri e della conseguente "riserva di amministrazione", individuando il limite invalicabile, all'art. 34 del c.p.a., del potere discrezionale non ancora esercitato. Sul punto merita di essere richiamato quanto affermato dalla III sezione del TAR Lombardia Milano con la sentenza n. 1428 del 8 giugno 2011: «L'ordinamento processuale amministrativo [...] si è progressivamente affrancato dal paradigma del mero accertamento giuridico di validità dell'atto. Si tratta di un percorso che ha visto lungamente confrontarsi, da un lato, la visione che concepisce il giudizio amministrativo come strumento di garanzia della legalità della azione amministrativa (e, conseguentemente, intende l'interesse legittimo come "regola di coesistenza", volta a conciliare l'interesse privato con quello pubblico); dall'altro, l'idea di una giurisdizione preordinata alla tutela di pretese sostanziali. [...] senza dubbio, spetta al codice del processo amministrativo il merito di avere abbandonato definitivamente ogni residuo della concezione oggettiva del giudizio amministrativo di annullamento come strumento di controllo dell'azione amministrativa, e di aver consolidato lo spostamento dell'oggetto del giudizio amministrativo dall'atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, al rapporto regolato dal medesimo, al fine di scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata, sempre che non vi si frapponga l'ostacolo dato dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate alla pubblica amministrazione (così l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 23 marzo 2011 n. 3; ma alle medesime conclusioni era pervenuta anche una consistente parte della dottrina amministrativistica). [...] È ben possibile, però, che anche una attività "in limine litis" connotata da discrezionalità possa, a seguito della progressiva concentrazione in giudizio delle questioni rilevanti (ad esempio, mediante il combinato operare di ordinanza propulsiva e motivi aggiunti), risultare, all'esito dello scrutinio del Giudice, oramai "segnata" nel suo sviluppo. Il caso che ci occupa in concreto ne offre un cospicuo esempio. Se pure non può dirsi attualmente condivisa dalla comunità giuridica l'opinione secondo cui l'amministrazione esaurirebbe con il primo provvedimento di rigetto la propria discrezionalità (è la tesi autorevolmente proposta da quanti interpretano il preavviso di rigetto ex art. 10-bis l. 241/90 come norma obbligatoria dell'amministrazione ad indicare, in sede di preavviso di rigetto e con il finale diniego, tutti i motivi ostativi), essendo dai più riconosciuta (anche dopo un primo annullamento) la possibilità di emettere un nuovo atto di diniego per motivi diversi da quelli indicati, tuttavia, deve ritenersi vincolata l'attività amministrativa successiva al secondo annullamento sulla medesima istanza pretensiva. Quest'ultimo assunto si riallaccia a quell'orientamento pragmatico e ragionevole della giurisprudenza amministrativa secondo il quale, in tali casi, il punto di equilibrio fra gli opposti interessi va determinato imponendo all'amministrazione (dopo un giudizio da cui derivi il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo) di esaminare l'affare nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte, le questioni che ritenga rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione ai profili non ancora esaminati (cfr. Cons. Stato, V, 134/99; Cons. Stato, VI, 7858/04)». Tali conclusioni sono riprese da D. Vaiano, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo: prime incertezze giurisprudenziali*, in *Giur. It.*, 2012, 715 ss.; F. Cortese, *Amministrazione e giurisdizione: poteri divisi o poteri concorrenti?*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2/2018, 99 ss. In generale, sul tema se il processo amministrativo di legittimità abbia come oggetto il provvedimento impugnato ovvero il rapporto tra pubblica amministrazione e ricorrente cfr. B. Tonoletti, *Il dualismo dell'oggetto del giudizio di annullamento dopo il codice del processo amministrativo*, in *Il processo amministrativo a (quasi) dieci anni dal codice*, (a cura di) P. Cerbo, Napoli, 2019, 13 ss. che rifugge da formulazioni semplificatrici; cfr. *contra* rispetto alla giurisdizione "sul rapporto", R. Villata, *Nuove riflessioni sull'oggetto del processo amministrativo*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, I, Milano, 1982, 707; R. Villata, *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 561 ss.; L. Ferrara, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 617 ss.

Sostituzione che, avvenendo *ex ante* in via prognostica, sovverte la natura stessa della giurisdizione amministrativa di controllo *ex post* dell'azione amministrativa³⁷.

Non può, dunque, demandarsi all'Assise Plenaria una valutazione aprioristica e generalizzata di puro fatto che traccina nelle scelte di opportunità delle singole amministrazioni.

Né, a sommosso avviso di chi scrive, può non considerarsi la valutazione sulla scarsità delle risorse come rientrante nello scrutinio di opportunità dell'amministrazione concedente.

Proprio la bicefalità (qualità e quantità della risorsa) della valutazione, enfatizzata dalle decisioni della massima assise amministrativa, esclude che nel caso di specie possa trattarsi di un mero accertamento obiettivo.

Al contrario, l'operazione di valutazione richiesta si espone ad un alto grado di "opinabilità" anche solo del criterio valutativo utilizzato³⁸. Non dovendosi operare una mera valutazione quantitativa degli arenili da concedersi, ma al contrario dovendosi valutare anche la loro "sfruttabilità economica", la valutazione da operarsi si estrinseca attraverso un giudizio di opportunità.

Detto altrimenti, ove l'estensione oggettiva degli arenili consentisse di ritenere che la risorsa non sia "scarsa", tale considerazione potrebbe essere rovesciata da valutazioni di opportunità che spingono l'amministrazione a ritenere non "economicamente sfruttabili" alcuni tratti di coste (per esempio per vicinanza ad insediamenti industriali).

Una tale valutazione, per sua natura, appare "opinabile" anche solo rispetto al criterio valutativo utilizzato, richiedendo pertanto una motivazione a sostegno particolarmente pregnante ed efficace.

Ciò, quindi, ad avviso di chi scrive, esclude la possibilità di una valutazione diretta da parte del giudice amministrativo, il quale dovrà in ogni caso sindacare la scelta originaria effettuata dall'amministrazione concedente³⁹.

³⁷ Cfr. *ex plurimis* in principio e senza pretesa di esaustività M.S. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1963, 522 ss. e 1964, 12 ss. e 217 ss.; F. Benvenuti, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 589; M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976; R. Villata, *Nuove riflessioni sull'oggetto del processo amministrativo*, *op. ult. cit.*, 721; S. Giacchetti, *L'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1981, 1488 ss.; V. Domenichelli, *Le azioni nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 1 ss.; M. Clarich, *Le azioni nel processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1121; A. Quaranta, V. Lopilato, (a cura di) *Commentario al codice del processo amministrativo*, Torino, 2010.

³⁸ Sulla valutazione del fatto da parte del giudice amministrativo e sul concetto di "opinabilità" della valutazione di fatto si rimanda a L. Giani, *Giudice amministrativo e cognizione del fatto (il pensiero di Antonio Romano)*, in *Dir. Amm.*, fasc. 3, Milano, 2014, 535 ss., in cui si richiama A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987.

³⁹ Secondo A. Romano Tassone, *op. cit.*, la ritrosia del giudice amministrativo ad operare un sindacato pieno sul fatto è rintracciabile nell'«atteggiamento d'ossequio nei confronti dell'autorità». Tuttavia, ai fini della

Un siffatto limite, d'altronde, è contenuto nella stessa giurisprudenza comunitaria posta a base delle due decisioni in analisi, in cui espressamente viene valorizzata la necessità di procedere ad una verifica dei presupposti giuridico-fattuali per l'applicazione non del diritto unionale in senso lato, ma di specifiche norme comunitarie⁴⁰ "caso per caso" in via concreta.

Diversamente, infatti, si consentirebbe una vera e propria "nomofilachia sul fatto" che, oltre ad essere sconosciuta nella nostra esperienza giuridica, distorce il senso stesso dell'azione nomofilattica, eludendo le valutazioni concrete sul singolo fatto e conferendo loro i caratteri dell'astrattezza e della generalità propri, invece, della disposizione normativa.

Le superiori considerazioni acquistano ancora maggior spessore, seppur sotto una differente prospettiva, con riferimento alla rilevata sussistenza dell'interesse transfrontaliero certo: elemento necessario per poter predicare l'applicazione dell'art. 49 TFUE⁴¹.

disamina che ci occupa, non si controverte sui limiti di tale sindacato, ma sul fatto che in ogni caso esso presupponga una valutazione del fatto da parte dell'amministrazione concedente.

⁴⁰ Si ribadisce, infatti, che nel caso di specie non è in contestazione la primazia del diritto comunitario o l'esclusione delle singole fattispecie dalla normativa unionale *tout court*, ma l'applicazione di specifiche norme unionali che impongono un "aggravio" di oneri per il rilascio delle concessioni.

⁴¹ Per le decisioni gemelle della Plenaria «L'interesse transfrontaliero certo consiste nella capacità di una commessa pubblica o, più in generale, di un'opportunità di guadagno offerta dall'Amministrazione anche attraverso il rilascio di provvedimenti che non portano alla conclusione di un contratto di appalto o di concessione, di attrarre gli operatori economici di altri Stati membri. [...] Con riferimento al "mercato" delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative, tali criteri devono evidentemente essere "adattati", tenendo conto della particolarità del settore di mercato che viene in considerazione. Qui non si tratta, infatti, di un appalto "isolato", da eseguirsi una tantum, rispetto al quale l'esiguo valore economico, la specialità, sotto il profilo tecnico, delle prestazioni richieste e anche l'ubicazione (lontana dai confini) della prestazione potrebbero scoraggiare o rendere comunque scarsamente probabile la partecipazione di operatori economici di altri Stati membri. Nel caso delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative a venire in considerazione come strumento di guadagno offerto dalla p.a. non è il prezzo di una prestazione né il diritto di sfruttare economicamente un singolo servizio avente rilevanza economica. Al contrario degli appalti o delle concessioni di servizi, la p.a. mette a disposizione dei privati concessionari un 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 o fluviali) più rinomati e attrattivi del mondo. Basti pensare che il giro d'affari stimato del settore si aggira intorno ai quindici miliardi di euro all'anno, a fronte dei quali l'ammontare dei canoni di concessione supera di poco i cento milioni di euro, il che rende evidente il potenziale maggior introito per le casse pubbliche a seguito di una gestione maggiormente efficiente delle medesime. [...] È allora evidente che, a causa del ridotto canone versato all'Amministrazione concedente, il concessionario ha già la possibilità di ricavare, tramite una semplice sub-concessione, un prezzo più elevato rispetto al canone concessorio, che riflette il reale valore economico e l'effettiva valenza turistica del bene. Già queste considerazioni traducono in termini economici un dato di oggettiva e comune evidenza, legata alla eccezionale capacità attrattiva che da sempre esercita il patrimonio costiero nazionale, il quale per conformazione, ubicazione geografica, condizioni climatiche e vocazione turistica è certamente oggetto di interesse transfrontaliero, esercitando una indiscutibile capacità attrattiva verso le imprese di altri Stati membri. Pensare che questo settore, così nevralgico per l'economia del Paese, possa essere tenuto al riparo dalle regole della concorrenza e dell'evidenza pubblica, sottraendo al mercato e alla libera competizione economica risorse naturali in grado di occasionare profitti ragguardevoli in capo ai singoli operatori economici, rappresenta una posizione insostenibile, non solo sul piano costituzionale nazionale (dove pure è chiara la violazione dei principi di libera iniziativa economica e di ragionevolezza derivanti da una proroga generalizzata e automatica delle

In merito, la posizione della Plenaria è tranciante: l'interesse transfrontaliero certo è sempre sussistente per le concessioni balneari, in quanto lo stesso non deve essere rilevato monisticamente sulla singola concessione, ma deve essere rintracciato unitariamente nel complessivo "giro d'affari" di tutti gli arenili concedibili italiani.

Ciò in quanto, secondo il filo logico tracciato dalle decisioni gemelle, soltanto una considerazione unitaria del "bene-costa" garantirebbe la sottoposizione di tutte le concessioni alle regole proconcorrenziali comunitarie, di rimando evitando l'insorgenza di situazioni disparitarie.

Tuttavia, il sostrato giustificativo a tale affermazione risulta estremamente forzato e a tratti contraddittorio⁴².

Porre l'argomento della proroga generale a tutte le concessioni da parte della legge italiana quale parametro di "legittimità" per la declinazione dell'interesse transfrontaliero certo "dell'intero giro d'affari" demaniale, appare una soluzione tautologica che tenta – invano – di giustificare se stessa.

Il ragionamento dell'Assise Plenaria, in realtà, par mirare a ricostruire la necessaria sottoposizione dell'intero mercato delle concessioni balneari alle regole concorrenziali, in termini assiomatici, come se l'interesse transfrontaliero sussistesse *in re ipsa*.

Tuttavia, tale miope incedere, si scontra con la stessa giurisprudenza unionale che ricostruisce differentemente la nozione di interesse transfrontaliero, escludendo una sua individuazione astratta, a favore di una valutazione "caso per caso" fondata su elementi oggettivi e concordanti che ne dimostrino in positivo l'esistenza⁴³.

concessioni demaniali), ma, soprattutto e ancor prima, per quello che più ci interessa ai fini del presente giudizio, rispetto ai principi europei a tutela della concorrenza e della libera circolazione. Né si può sminuire l'importanza e la potenzialità economica del patrimonio costiero nazionale attraverso un artificioso frazionamento del medesimo, nel tentativo di valutare l'interesse transfrontaliero rispetto alle singole aree demaniali date in concessione. Una simile parcellizzazione, oltre a snaturare l'indiscutibile unitarietà del settore, si porrebbe in contrasto, peraltro, con le stesse previsioni legislative nazionali (che, quando hanno previsto le proroghe, lo hanno sempre fatto indistintamente e per tutti, non con riferimento alle singole concessioni all'esito di una valutazione caso per caso) e, soprattutto, 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*. Non vi è dubbio, al contrario, che le spiagge italiane (così come le aree lacuali e fluviali) per conformazione, ubicazione geografica e attrazione turistica presentino tutte e nel loro insieme un interesse transfrontaliero certo, il che implica che la disciplina nazionale che prevede la proroga automatica e generalizzata si pone in contrasto con gli articoli 49 e 56 del TFUE, in quanto è suscettibile 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».

⁴² M.A. Sandulli, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, cit., 348, che efficacemente sottolinea come anche la lettera di contestazione UE del 2020 parli di «possibilità di presumere» la sussistenza di un interesse transfrontaliero certo per «almeno alcune» delle concessioni, chiarendo la natura concreta e non astratta di tale valutazione.

⁴³ *Ex plurimis* Corte Giustizia UE, causa C-65/17 del 19 aprile 2018, punti 39 e 40: «L'esistenza di un interesse transfrontaliero certo non può essere ricavata in via ipotetica da taluni elementi che, considerati in astratto, potrebbero costituire indizi in tal senso, bensì deve positivamente risultare da una valutazione concreta delle circostanze dell'appalto in questione nel procedimento principale. Ciò implica che non può ritenersi

Inoltre, il superiore principio ricostruttivo comunitario, trova afflato anche nella stessa sentenza *Promoimpresa*, in cui è stata ritenuta irricevibile la questione pregiudiziale della causa C-67/15 per mancata allegazione degli elementi di fatto atti a consentire la valutazione di sussistenza di un interesse transfrontaliero alla concessione demaniale *sub iudice* (punto 68 e 69).

Ne discende, dunque, che anche l'interesse transfrontaliero certo – atto a supportare l'applicazione delle regole proconcorrenziali imposte dall'art. 49 TFUE – non possa essere oggetto di una valutazione aprioristica diretta del giudice amministrativo, che scavalchi la necessaria primaria espressione dell'amministrazione comunale concedente.

Tale ricostruzione, inoltre, si riallaccia al principio comunitario – espresso dalla Corte di Giustizia, proprio con la sentenza *Promoimpresa*⁴⁴ – per cui la valutazione in ordine alla sussistenza di un siffatto interesse transfrontaliero, rientrerebbe nella cognizione del giudice interno remittente.

Ciò sottende alla impossibilità di ottenere una *regula iuris* unica per tutte le concessioni demaniali, in cui l'interesse transfrontaliero sia oggetto di una *praesumptio iuris et de iure* insuperabile.

Vieppiù, ad avviso di chi scrive, il richiamo al giudice interno remittente, rettammente inteso e armonizzato con il nostro diritto interno, non consegna alla diretta cognizione dell'autorità giurisdizionale la valutazione dei presupposti applicativi della disciplina unionale.

Il riferimento declinato, infatti, deve essere letto alla luce dell'impostazione eminentemente sostanzialistica del diritto comunitario. Come acutamente evidenziato, «il legislatore europeo limita il suo intervento all'ambito sostanziale e lascia ai singoli Stati il compito di definire le regole processuali a tutela delle posizioni soggettive»⁴⁵. Inoltre, in ragione di ciò, «la Corte di giustizia ha [...] escluso la possibilità e, soprattutto, la necessità che il diritto comunitario possa spingersi

si che un interesse transfrontaliero certo sussista sulla base di elementi che non escludono la sua esistenza, ma che deve considerarsi sussistente un interesse siffatto qualora il carattere transfrontaliero dello stesso consti alla luce di elementi oggettivi e concordanti (v. in tal senso, sentenza del 6 ottobre 2016, *Tecnoedi Costruzioni*, C 318/15, punto 22)».

⁴⁴ Corte Giustizia UE, cause C458/14 e C-67/15 del 14 luglio 2016, punti 68 e 69 «nella causa C67/15, il giudice del rinvio non ha fornito gli elementi necessari per consentire alla Corte di ritenere che esista un interesse transfrontaliero certo. Orbene, come risulta dall'articolo 94 del regolamento di procedura, la Corte deve poter rinvenire in una domanda di pronuncia pregiudiziale un'illustrazione delle circostanze di fatto sulle quali si basano le questioni, nonché del legame esistente segnatamente tra tali circostanze e dette questioni. Di conseguenza, la constatazione degli elementi necessari per consentire di valutare la sussistenza di un interesse transfrontaliero certo dovrebbe essere effettuata dal giudice del rinvio prima di adire la Corte (v., in tal senso, sentenza del 17 dicembre 2015, *UNIS e Beaudout Père et Fils*, C25/14 e C26/14, punto 28). Alla luce dei suesposti rilievi, la prima questione pregiudiziale sollevata nella causa C67/15 è irricevibile».

⁴⁵ M.E. Schinaia, *Intensità ed estensione della giustizia amministrativa italiana ed i principi comunitari*, in *Actes du colloque pour le cinquantième anniversaire des Traités de Rome*, 2007, 48 ss.

fino al punto di sindacare la scelta nazionale sulla qualificazione della posizione soggettiva e della conseguente competenza del giudice amministrativo».

Da tali considerazioni consegue che il riferimento al “giudice del rinvio” dovrà essere modulato in rapporto al sistema di distribuzione dei poteri all’interno dell’ordinamento dello Stato di riferimento.

Calando le superiori considerazioni sulla fattispecie italiana, ne deriva che il ridetto principio vada rimodulato in aderenza alla “riserva di amministrazione” che l’ordinamento italiano attribuisce alla p.a. nell’esercizio del *munus publicum*, sicché la valutazione di sussistenza dell’interesse transfrontaliero certo (e della scarsità delle risorse concedibili) sarà preliminarmente affidata alla discrezionalità della p.a., residuando in capo all’autorità giurisdizionale amministrativa soltanto un controllo debole *ab extrinseco* sulla legittimità di tali scelte.

Differentemente, come già visto in merito all’accertamento della scarsità delle risorse naturali concedibili, si violerebbe il principio di separazione dei poteri, aprendo la strada ad una funzionalizzazione della giurisdizione amministrativa.

Funzionalizzazione che, nella dinamica argomentativa del Consiglio di Stato, sembrerebbe (erroneamente) trovare copertura nella supremazia dell’ordinamento comunitario.

Al contrario, l’intervento del giudice amministrativo deve essere limitato al controllo di legittimità delle scelte operate dalla pubblica amministrazione concedente, sotto il profilo della manifesta irragionevolezza ed incongruità, senza che – per converso – possa sostituire a tali scelte discrezionali, proprie valutazioni aprioristiche sulla rilevanza transfrontaliera delle concessioni demaniali o sulla scarsità delle risorse da affidarsi in gestione.

In tal modo, peraltro, sarà sempre il giudice interno remittente, esprimendosi *ex post* sulla valutazione originaria amministrativa, a sottoporre alla Corte europea i propri rilievi. Ne discende pertanto l’assoluta coerenza dell’intero sistema, così declinato.

Dunque, in ragione di quanto innanzi analizzato, parrebbe sostenibile l’illegittimità delle decisioni gemelle dell’Adunanza Plenaria per eccesso di potere giurisdizionale, ai sensi dell’art. 111 comma 8 della Costituzione⁴⁶.

Difatti, come innanzi lumeggiato, nella fattispecie in analisi, pare realizzarsi una ipotesi di cd. “sconfinamento” da parte del giudice amministrativo nelle prerogative riservate all’amministrazione, in particolare esercitando un sindacato di merito laddove allo stesso sia attribuita la sola giurisdizione di legittimità.

⁴⁶ Art. 111 comma 8 Cost.: «Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione».

La stessa evoluzione pretoria della Corte di Cassazione, in veste di giudice delle giurisdizioni, offre gli elementi necessari per poter preconizzare che si sia in presenza di una violazione esterna di giurisdizione in danno dell'amministrazione.

Secondo Palazzo Cavour, in funzione di Corte regolatrice, difatti, «l'eccesso di potere giurisdizionale, in relazione al profilo dello sconfinamento nella sfera del merito, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, è configurabile soltanto quando l'indagine svolta dal giudice amministrativo, eccedendo i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, divenga strumentale ad una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima la volontà dell'organo giudicante di sostituirsi a quella dell'amministrazione, procedendo ad un sindacato di merito che si estrinsechi in una pronuncia la quale abbia il contenuto sostanziale e l'esecutorietà propria del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa [...]»⁴⁷.

Ad avviso di chi scrive, tale ultima ipotesi è potenzialmente collimante con il contenuto delle decisioni gemelle dell'Assise Plenaria che, ad un'attenta analisi, si risolvono appunto in pronunce "sostitutive" del provvedimento amministrativo sui profili oggetto dell'odierna analisi, imponendo un profilo conformativo astratto che, nei fatti, elide *in toto* l'esercizio della potestà amministrativa da parte di tutte le amministrazioni concedenti italiane.

4. *La proroga delle concessioni è "sempre" in contrasto con il diritto comunitario? Spunti per una ricostruzione alternativa in seno all'Adunanza Plenaria*

Le critiche considerazioni innanzi espresse, sempre ad avviso di chi scrive, non sarebbero neppure superate dalla considerazione per cui la Plenaria è intervenuta su una "legge-provvedimento" di applicazione generalizzata delle proroghe su tutto il territorio nazionale, talché la sua finalità sarebbe quella di dirimere una questione legata ad una previsione astratta e generale.

Se è pur vero che l'utilizzo dello strumento della legge-provvedimento avrebbe di fatto sterilizzato l'attività concessoria delle singole amministrazioni

⁴⁷ Cass., ss.uu., 13 maggio 2020, n. 8843. In contermini, *ex plurimis*, Cass. civ., ss.uu., 24 maggio 2019, n. 14264; Cass. ss.uu., 26 novembre 2018, n. 30526. In merito al vizio di eccesso di potere giurisdizionale, cfr. in modo esaustivo B. Tonoletti, *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, in *Foro It.*, 1998, I, 1567 ss.; cfr. anche E. Follieri, *Il sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Giustamm.it*, 2014; R. Villata, *Sui «motivi inerenti alla giurisdizione»*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 632 ss.; A. Travi, *Rapporti fra le giurisdizioni e interpretazione della Costituzione: osservazioni sul Memorandum dei presidenti delle tre giurisdizioni superiori*, in *Memorandum sulle tre giurisdizioni superiori*, in *Foro it.*, 2018, V, 109 ss.; F. Francario, *Diniego di giurisdizione*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Roma, 2019.

comunali “imponendo” una proroga delle concessioni in essere senza consentire alcuna discrezionalità alle amministrazioni concedenti⁴⁸, è altresì vero che l’Adunanza Plenaria avrebbe potuto esprimersi in termini meno assoluti e generali, facendo salva la potestà amministrativa degli enti locali.

Il contrasto della legge-provvedimento italiana con la normativa unionale, infatti, rileva esclusivamente qualora sussista la scarsità di risorse da concedersi o si rintracci un interesse transfrontaliero certo.

Il *bias* giuridico, dunque, risiede nell’erronea applicazione generalizzata della disciplina comunitaria a tutte le concessioni demaniali marittime, così estendendo l’obbligo di gara per l’assegnazione ed il conseguente divieto di rinnovo ben oltre i reali limiti normativi⁴⁹.

L’attenta analisi del quadro normativo e ricostruttivo comunitario *supra* tracciato, infatti, riconosce sì la indubbia supremazia della disciplina comunitaria, ma ancora la necessità di una selezione pubblica per l’individuazione del concessionario e l’impossibilità di durata *sine die* del titolo giuridico, alla ricorrenza dei due presupposti “eccezionali” su citati.

In difetto di tali presupposti (ed in assenza di ulteriori profili di contrasto), la previsione legislativa italiana si troverebbe ad essere potenzialmente compatibile con il diritto comunitario⁵⁰, venendo meno l’elemento violativo del principio di libera circolazione dei prestatori di servizi ed aprendosi così la strada ad una sua applicazione non più generalizzata, ma al contrario da verificarsi caso per caso, proprio alla luce delle valutazioni dei singoli Enti civici.

Di ciò ben avrebbe potuto dar conto la massima Assise amministrativa, chiarendo che spetta all’esercizio della potestà amministrativa attiva dei singoli Comuni la verifica dei presupposti per l’applicabilità diretta dell’art. 12 Dir 2006/123/CE e per la rilevanza dei limiti di cui all’art. 49 TFUE.

⁴⁸ Nella prassi è invece emersa un’applicazione differente della l. 145 del 2018, in cui i singoli Comuni hanno in ogni caso effettuato una vera e propria istruttoria per procedere con propri provvedimenti – non squisitamente ricognitivi – al rilascio dei rinnovi delle concessioni in essere. Ciò è dimostrato anche dall’azione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato che, esercitando le facoltà di cui all’art. 21-*bis* l. 287 del 1990 ha impugnato i provvedimenti (tanto politici, quanto gestori) di svariate amministrazioni comunali.

⁴⁹ Non si ignora la copiosa giurisprudenza comunitaria che stabilisce espressamente l’eccezionalità degli affidamenti effettuati senza gara pubblica. Tuttavia nel caso di specie, si valorizza la circostanza per cui l’accertamento negativo di (in)sussistenza dei presupposti per l’applicazione della normativa comunitaria –nella parte in cui impone lo svolgimento di una selezione concorrenziale – apra la strada alla compatibilità della legge-provvedimento italiana con il diritto europeo, si da trovare nel testo normativo interno la giustificazione della proroga delle concessioni in essere che non manifestino un interesse transfrontaliero certo e interessino aree in cui la risorsa da concedersi non sia da considerarsi “scarsa”.

⁵⁰ Tale conclusione, con riferimento all’interesse transfrontaliero certo, ma con argomento applicabile anche alla scarsità delle risorse, è desumibile proprio dalla sentenza Promoiimpresa al punto 68, laddove dichiara irricevibile la questione C-67/15 perché «il giudice del rinvio non ha fornito gli elementi necessari per consentire alla Corte di ritenere che esista un interesse transfrontaliero certo». Come visto nella nota 37, anche la lettera di contestazione UE del 2020 ricostruisce la sussistenza di un interesse transfrontaliero in termini di probabilistici, e per «alcune concessioni» evitando accuratamente affermazioni assiomatiche ed escludendo valutazioni generalizzate.

Soltanto in caso di accertata scarsità delle risorse o di obiettiva sussistenza di un interesse transfrontaliero certo, sarebbe emersa la necessità di disapplicazione della normativa interna.

Dunque, una possibile soluzione rispettosa del principio di separazione dei poteri, espressa all'interno dei limiti della giurisdizione amministrativa, avrebbe potuto essere quella di declinare espressamente l'invalidità della proroga per contrasto con la normativa comunitaria soltanto laddove la singola amministrazione concedente avesse ritenuto sussistenti i presupposti applicativi delle specifiche norme unionali (art. 12 Dir. 2006/123 e art. 49 TFUE).

Né, a ben vedere, una tale soluzione presterebbe il fianco alla rischiosa insorgenza di situazioni disparitarie, in ragione della possibilità che Comuni in posizioni similari decidessero diversamente in ordine all'applicabilità del divieto comunitario di proroga.

La valutazione amministrativa di sussistenza (o di insussistenza) della scarsità delle risorse e dell'interesse transfrontaliero certo, che come detto sorregge la compatibilità (o incompatibilità) della previsione nazionale con il diritto unionale, ben sarebbe censurabile innanzi al giudice amministrativo sotto il profilo dell'eccesso di potere.

Specularmente, ove al contrario la p.a. dovesse ritenere applicabili i principi comunitari di cui agli artt. 49 TFUE e 12 Dir. 2006/123/CE, la relativa motivazione potrà essere efficacemente gravata innanzi al giudice amministrativo per sua irragionevolezza od incongruità, senza che possano opporsi preconcetti generalizzati ed astratti in ordine alla supremazia del diritto comunitario. Oggetto di un tale contenzioso, difatti, sarebbe esclusivamente la legittimità della valutazione operata dalla p.a. e che costituisce il presupposto applicativo della disciplina unionale.

In tale prospettiva le deduzioni offerte dall'Adunanza Plenaria potrebbero costituire "mero" parametro per la verifica di congruità dell'istruttoria e della motivazione, permettendo il loro superamento soltanto attraverso un aggravamento dell'onere motivazionale.

Talché, la censurabilità *ex post* dei provvedimenti concessori⁵¹ garantirebbe all'autorità giurisdizionale amministrativa l'unitarietà applicativa della norma non in termini di uguaglianza formale ma di uguaglianza sostanziale, garantendo una tutela differente a situazioni differenti⁵².

⁵¹ *Lato sensu* intesi, dovendosi ricomprendere tutti i provvedimenti atti a manifestare la volontà dell'amministrazione di superare i limiti imposti dall'art. 12 Dir. 2003/126/CE e dell'art. 49 TFUE.

⁵² Sul principio di uguaglianza sostanziale, senza pretesa di esautività, cfr. C. Esposito, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Cost.*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova 1954; L. Paladin, *Il principio di eguaglianza*, Milano, 1965; C. Rossano, *Il principio di eguaglianza nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 1966; A.S. Agrò, *Contributo ad uno studio sui limiti della funzione legislativa in base alla giurisprudenza sul principio di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1967, 900; V. Colorni, *L'eguaglianza come limite della legge nel diritto intermedio e moderno*, Milano, 1970; A.S. Agrò, *Il principio di eguaglianza formale*, in *Comm. Cost. Branca - Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975; A. Cerri, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte cost.*, Milano, 1976;

Né potrebbe obiettarsi che l'impugnazione dei provvedimenti delle amministrazioni concedenti dipenda dall'azione processuale del privato, tal per cui vi sarebbe il rischio di consolidamento di provvedimenti invalidi, per mancato esperimento dei rimedi giudiziari.

Trattandosi di materia afferente alla tutela della concorrenza, il controllo sulla coerenza complessiva dell'operato delle amministrazioni comunali sarebbe in ogni caso garantito dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, cui è riconosciuto il potere di impugnativa diretta di tutti i provvedimenti (anche politici) che incidano sulla tutela della concorrenza⁵³.

D'altronde una simile ricostruzione, oltre che rispettosa della divisione dei poteri, ben si riallaccerebbe con quanto predicato nel seguito delle decisioni nn. 17 e 18 in ordine al potere di disapplicazione riconosciuto direttamente in capo agli organi attivi dell'amministrazione pubblica.

A ben vedere, potere di disapplicazione e verifica dei presupposti per l'applicazione della disciplina comunitaria sono le due facce della medesima medaglia, rappresentando le speculari esplicazioni della supremazia del diritto comunitario per la pubblica amministrazione.

La disapplicazione, difatti, è lo strumento di risoluzione delle antinomie che consente «di non applicare ad una singola fattispecie o per particolari effetti un atto, che per altre fattispecie o ad altri effetti rimane pienamente valido ed efficace»⁵⁴, senza che via sia alcuna incidenza sulla esistenza della norma stessa⁵⁵.

Dunque, in assenza di un'abrogazione espressa, o di un intervento specifico della Consulta sulla norma interna, la disposizione rimarrà in pieno vigore per disciplinare tutte le fattispecie non regolamentate dalla normativa sovraordinata confliggente.

Ciò ben si rinsalda con il succitato potere "riservato ed esclusivo" della p.a. di valutare la rilevanza transfrontaliera delle concessioni, nonché, a ben vedere,

N. Bobbio, S. Cotta, V. Mathieu, V. Frosini, A. Bixio, F. Riccobono (a cura di), *Eguaglianza e egualitarismo*, Roma, 1978; M. Benedettelli, *Il giudizio di eguaglianza nell'ordinamento giuridico della comunità europea*, Milano, 1989; Aa.Vv., *Principio di eguaglianza e principio di legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici*, Padova, 1999; A. Cerri, *Eguaglianza giuridica e giustizia politica*, Roma, 2003; F. Ghera, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Padova, 2003; A. Cerri, *L'eguaglianza*, Roma-Bari, 2005.

⁵³ Art. 21-bis l. 287 del 1990: «1. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata 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. 2. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni. 3. Ai giudizi instaurati ai sensi del comma 1 si applica la disciplina di cui al Libro IV, Titolo V, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104».

⁵⁴ C. Mortati, *Istituzione di diritto pubblico*, Padova, 1991, I, 299; A. Vannucci, *Disapplicazione e diritto comunitario. La flessibilità come unica via per garantire coerenza all'ordinamento in una prospettiva sempre più integrata*, in *www.federalismi.it*, 2011, 17, 6.

⁵⁵ Corte cost., 11 luglio 1989, n. 389.

anche con la predicata possibilità diretta di disapplicazione della norma confliggente da parte del funzionario amministrativo.

Conclusivamente, alla luce delle superiori riflessioni, e senza alcuna aspettativa di esaustività, appare fondatamente predicabile una ricostruzione normativa alternativa che renda la disciplina di cui alla l. 145 del 2018 comunitariamente sostenibile⁵⁶, in una prospettiva applicativa limitata alle concessioni balneari esistenti che non manifestino – a discrezionale giudizio della p.a. – un interesse transfrontaliero certo e non riguardino l'affidamento in concessione di una risorsa costiera “concretamente” scarsa⁵⁷.

⁵⁶ Su una ricostruzione alternativa che escluda soltanto le proroghe automatiche e generalizzate, ammettendo, per converso, quelle mirate a tutelare le legittime aspettative dei concessionari uscenti nei casi di necessario riequilibrio economico della concessione ved. E. Zampetti, *La proroga delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreativa tra libertà d'iniziativa economica e concorrenza. Osservazioni a margine delle recenti decisioni dell'Adunanza Plenaria*, in *Diritto e Società*, 2021, 3, 507 ss.

⁵⁷ Sia consentito richiamare anche un recente lavoro dello scrivente (M. Crisci, *Concessioni demaniali marittime e Direttiva Bolkestein: un matrimonio indissolubile? verso un'ipotesi ricostruttiva alternativa all'applicazione generalizzata della dir. 2006/123/CE*, in *Coste e diritti. Alla ricerca di soluzione per le concessioni balneari*, (a cura di) A. Cossiri, Macerata, 2022, in corso di pubblicazione, 95 ss.), ma precedente alle due sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria, in cui si lumeggiava una differente ricostruzione normativa che, prendendo le mosse da una certa dottrina (G. Marchegiani, *La proroga al 2033 delle concessioni balneari nell'ottica della procedura d'infrazione avviata dalla Commissione europea*, in *Urbanistica e appalti*, 2, 2021, 153 ss.) che accreditava la natura “armonizzante” (e non liberalizzatrice) della Direttiva Bolkestein, circoscriveva la portata applicativa dell'art. 12 della Dir. 2006/123/CE entro i limiti dell'art. 49 TFUE, ovvero sia entro i limiti della rilevanza transfrontaliera certa della concessioni demaniali marittime. All'intero di tali limiti e non al di fuori di essi, si sarebbe dovuta verificare la sussistenza del requisito di scarsità delle risorse naturali, che consentiva l'applicazione dell'art. 12 Dir. 2006/123/CE. La prospettiva di analisi era, dunque, rovesciata rispetto a quanto sostenuto dalla giurisprudenza interna: l'interesse transfrontaliero certo avrebbe dovuto essere il perimetro rigido entro cui deve valutarsi se sia o meno applicabile la Dir. 2006/123/CE per scarsità delle risorse naturali da affidarsi, e non già una norma di chiusura che attragga sotto l'ombrello della normativa comunitaria tutte le ipotesi che sfuggono al requisito della scarsità delle risorse. In sintesi, ove non si fosse rilevata la sussistenza di un interesse transfrontaliero, si sarebbe dovuta altresì escludere la possibilità di invocare tanto l'art. 49 TFUE, quanto l'art. 12 Dir. 2006/123/CE.

Risorse scarse e interesse transfrontaliero nelle concessioni demaniali marittime. Il giudice che si sostituisce all'amministrazione? Brevi riflessioni a margine delle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria nn. 17 e 18 del 2021

Il presente lavoro, dopo un *excursus* della storia recente delle concessioni balneari, evidenzia come la Plenaria, tentando di offrire una soluzione unitaria per tutte le fattispecie nazionali, abbia affermato che la costa italiana è sempre una risorsa naturale “scarsa” e che il mercato delle concessioni balneari sia un *unicum* inscindibile sotto il profilo dell’interesse economico. In tal modo l’Assise Plenaria ha potuto sostenere l’incompatibilità comunitaria della proroga stabilita dalla L. 145 del 2018, tanto per contrasto con l’art. 12 della Direttiva Bolkenstein, quanto con l’art. 49 TFUE. Ma spettava al giudice amministrativo operare in prima battuta tale valutazione? Una pronuncia, come quelle in analisi, non “eccede” forse oltre il confine proprio della giurisdizione amministrativa, quale strumento di controllo *ex post* sulla funzione amministrativa? Il presente contributo, partendo dal principio di separazione dei poteri, lumeggia una lettura comunitariamente compatibile della proroga *ex lege* delle concessioni balneari italiane, in cui sarebbe la pubblica amministrazione concedente, titolare del potere amministrativo di espressione sui presupposti giuridico-fattuali per l’applicazione della normativa comunitaria, a stabilire se nel singolo caso di specie ricorra un’ipotesi di contrasto con la disciplina unionale.

Scarce resources and cross-border interest in maritime state property concessions. The judge who takes the place of the administration? Brief reflections on the sidelines of the twin sentences of the Plenary Assembly nn. 17 and 18 of 2021

This work, after an *excursus* on the recent history of bathing concessions, shows how the Plenary, attempting to offer a unitary solution for all national cases, affirmed that the Italian coast is always a “scarce” natural resource and that the bathing concessions is inseparable from the point of view of economic interest. In this way, the Plenary Assembly was able to support the EU Law incompatibility of the extension established by Law 145 of 2018, both by contrast with art. 12 of the Bolkenstein Directive, as with art. 49 TFUE. But was it up to the administrative judge to make this assessment in the first instance? Doesn’t a ruling, such as those being analyzed, perhaps “exceed” beyond the boundary of the administrative jurisdiction, as an *ex post* control tool on the administrative function? This contribution, starting from the principle of separation of powers, highlights a EU law compatible reading of the extension by law of the Italian bathing concessions, in which the granting public administration would be the holder of the administrative power of expression on the juridical-factual conditions for the application of the EU law, to establish whether in the individual case there is a hypothesis of contrast with the EU legislation.

