

Il nodo delle concessioni demaniali marittime. Amministrazione, giudici, mercati e conflitti

Francesco Tomasicchio

SOMMARIO: 1. La persistenza del problema delle concessioni demaniali marittime dopo la legge di conversione del decreto “*Milleproroghe*”. – 2. Alle origini del conflitto: le sentenze gemelle e il *iudex legibus solutus*. – 3. L’ordinanza n. 743/2022 e il rinvio pregiudiziale del TAR di Lecce alla Corte di giustizia. L’antefatto. – 3.1. Un’interpretazione controversa: l’art. 12, gli effetti (non) diretti e l’incertezza del quadro normativo. L’ambigua posizione della CGUE nella pronuncia C-348/2022. – 3.2. *Segue*. Il problema della potestà disapplicativa della legge ritenuta contrastante con il diritto dell’Unione. Un obbligo ambiguo ripartito tra giudici e funzionari? – 3.3. La legittimazione a disapplicare: riflessioni e obiezioni nell’ordinanza n. 743/2022 del TAR di Lecce e la risposta della CGUE. – 3.4. Un ulteriore dubbio: la direttiva *Bolkestein* quale fonte di liberalizzazione o di armonizzazione? – 4. Il rischio di un inevitabile contrasto tra (quasi) giudicati: la Corte di giustizia chiamata a intervenire. – 5. Amministrazione, giudici, mercati, conflitti e l’alba di una ‘nuova’ legalità. L’impellente necessità di un mercato amministrato e non più solo regolato.

1. *La persistenza del problema delle concessioni demaniali marittime dopo la legge di conversione del decreto “Milleproroghe”*

In seguito al responso reso dalla Corte di giustizia dell’Unione europea circa il rinvio pregiudiziale posto dal TAR per la Puglia di Lecce¹, il tema dell’applicabilità della direttiva europea n. 123/2006/CE (d’ora in poi direttiva *Bolkestein*) è tornato al centro del dibattito politico e istituzionale. A questo proposito, già mediante l’approvazione della legge di conversione del c.d. Decreto Milleproroghe, il legislatore italiano ha deciso di procrastinare al 31 dicembre 2024 la sca-

¹ Corte di giustizia dell’Unione europea, III sez., 20 aprile 2023, C-348/2022, *Agcm v. Comune di Gino-sa marina*; TAR Puglia di Lecce, I sez., 11 maggio 2022, ordinanza n. 743.

denza delle concessioni demaniali marittime² anche al fine di evitare che si proceda a un'incauta selezione dei concessionari per mezzo di gare a evidenza pubblica³.

Infatti, rispetto ai suoi predecessori, questa volta, l'intento del legislatore non sembra esser quello di rimandare *sine die* il problema dell'attuazione della libera concorrenza in materia di concessioni balneari, quanto di prendere il tempo necessario per istituire un apposito tavolo tecnico in grado di elaborare dei criteri determinati, precisi, trasparenti e che tengano debito conto della qualità dei servizi, della storia e della tradizione degli operatori nazionali di questo settore, tra i più importanti dell'economia nazionale. Inoltre, la scelta 'temporeggiatrice' in questione adottata dalla maggioranza parlamentare deve fare i conti con un contesto, non solo sul piano politico, ma anche sul piano giurisdizionale, alquanto intricato e probabilmente senza precedenti⁴.

Sicché, se sul versante politico vi è la contrapposizione tra i sostenitori delle gare a evidenza pubblica e coloro che, invece, vi si oppongono mostrando più di qualche perplessità, sul versante giurisdizionale il quadro risulta essere ancor più complicato. Il che è dimostrato dai due ricorsi (uno ancora pendente) di importanza dirimente sull'interpretazione, in sede italiana ed europea, circa la natura della direttiva *Bolkestein*, dei suoi effetti e del suo ambito di applicabilità. Il primo riguarda l'eccesso di potere giurisdizionale, comprensibilmente lamentato con ricorso in Cassazione⁵ da uno dei sindacati di categoria balneare, in cui sarebbe

² Per una prima e rapida definizione, M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, (in due volumi), vol. II, III ed., Milano, 1993, 651 ss., ricorda come la concessione sia «un vocabolo di origine settecentesca, con cui si indicavano gli atti di benevolenza sovrana [...] oggi le concessioni, o più esattamente, i procedimenti concessori costituiscono un gruppo di procedimenti che è, come gli altri gruppi, caratterizzato dagli effetti giuridici fondamentali nascenti dal provvedimento. È sempre al Ranelletti che si deve il primo assetto teorico di questi procedimenti e, come per i procedimenti autorizzatori, la teoria da lui elaborata è stata ricevuta dalla giurisprudenza ed è ancor dominante in dottrina». Con particolare riguardo al demanio, sempre Id., *I beni pubblici*, Roma, 1963, 34, sottolinea che ciò che caratterizza i beni demaniali è «il godimento dei servizi che la cosa rende o è idonea a rendere se convenientemente impiegata».

³ Il riferimento è al d.l. 29 dicembre 2022, n. 198, recante «*Disposizioni urgenti in materia di termini legislativi*», convertito successivamente in legge, 24 febbraio 2023, n. 14, artt. 10-ter e quater.

⁴ Come sottolineato da A. Police, A.M. Chiariello, *Le concessioni demaniali marittime: dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria al percorso di riforma. Punti critici e spunti di riflessione*, in *Amministrativ@mente*, 2022, II, nonostante l'intervento «di straordinaria rilevanza delle sentenze "gemelle" dell'Adunanza Plenaria, lo stato di incertezza in materia persiste, lasciando almeno al momento quale unico panorama certo un orizzonte normativo e giurisprudenziale agitato».

⁵ Così come disposto dall'ultimo comma dell'art. 111 della Costituzione repubblicana, secondo cui avverso «le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione». Come lo ha definito M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976, 187, si tratta di quel «vizio di sconfinamento nel campo dei poteri dell'amministrazione. Qui le ipotesi più importanti sono: l'esercizio della giurisdizione nel caso in cui non esistano situazioni giuridiche tutelabili (diritti soggettivi o interessi legittimi), ma solo interessi semplici; l'uso da parte del giudice (normalmente, amministrativo) di poteri di cognizione e/o di decisioni più ampi o diversi da quelli ad esso attribuiti dalla legge (il che si ha o quando il giudice amministrativo si ritiene attributario, nel caso, di giurisdizione di merito o, più generalmente e semplicemente, quando, in sede di giudizio di sola legittimità, esso giudice – o qualunque giudice – decida o in base a dirette valutazioni dell'interesse pubblico concreto relativo all'atto impugnato, ovvero prov-

incorsa l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato mediante l'adozione delle oramai note sentenze gemelle⁶. In merito, da ultimo, pare che la Procura Generale della Cassazione abbia chiesto alla Suprema Corte di accogliere le doglianze dei ricorrenti e, conseguentemente, di pronunciare l'eccesso di potere giurisdizionale in cui sarebbe incorsa l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁷.

Tra le doglianze più significative, si ricordano anzitutto l'autonoma individuazione, a opera dell'organo supremo della giurisdizione amministrativa, di un termine di scadenza delle concessioni in essere giudicato «congruo», fissato al 31 dicembre 2023, rispetto al termine stabilito dalla precedente legge proroga⁸, e, in secondo luogo, l'autonoma indagine svolta dal Consiglio circa la sussistenza – o meno – del requisito della scarsità delle risorse naturali costiere che potrebbe, con ragionevoli e documentate argomentazioni, comportare l'esclusione del settore e dei servizi balneari dall'ambito di applicabilità della direttiva *de qua*. In riferimento a quest'ultimo punto, l'Adunanza Plenaria ha ritenuto sussistente il requisito della scarsità della risorsa, ordinando pertanto al legislatore di provvedere ad avviare l'*iter* delle procedure di gara pubblica secondo le scadenze indicate nella sentenza⁹.

Tuttavia, come si cercherà nel prosieguo di evidenziare, in entrambi i casi, il giudice amministrativo sembra aver, per un verso, travalicato il proprio potere invadendo indebitamente l'esclusiva sfera di attribuzione che la Costituzione riconosce al solo legislatore¹⁰, per altro verso, esso ha svolto delle valutazioni di natu-

veda nelle veci dell'amministrazione sostituendo e riformando l'atto impugnato, ovvero compia direttamente e con efficacia immediata e vincolante gli apprezzamenti e gli accertamenti demandati all'amministrazione», risalendo a Cass., SS.UU., 6 ottobre 1964, n. 2525 e altre decisioni analoghe. Prima di lui, per una prospettiva storica dello schema giuridico, V.E. Orlando, *Principii di diritto amministrativo*, V ed., Firenze, 1921, 383 ss.

⁶ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 9 novembre 2021, sent. nn. 17 e 18. In dottrina, si considerino le riflessioni svolte dagli autori contenute nel numero speciale – dedicato al tema – di *Diritto e Società*, III, Napoli, 2021; M. Timo, *Concessioni balneari... all'ultima spiaggia*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, V, Milano, 2021; A. Cossiri, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si pronuncia sulle concessioni demaniali a scopo turistico-ricreativo. Note a prima lettura*, in *Diritto pubblico europeo*, 2021, II, 232 ss.; E. Cannizzaro, *Demanio marittimo: effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell'Ad. Plen. del Consiglio di Stato*, in *giustiziasieme.it* del 30 dicembre 2021; A. Police, A.M. Chiariello, *Le concessioni demaniali marittime: dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria al percorso di riforma*, cit.; M. Crisci, *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*, in *Il diritto dell'economia*, 2022, III, 241 ss.

⁷ Sul punto, *Balneari, procura Cassazione chiede accoglimento ricorso Sib contro sentenze Consiglio di Stato*, in *mondobalneari.com* dell'11 ottobre 2023.

⁸ Legge 30 dicembre 2018, n. 145.

⁹ Nel corso di queste riflessioni si cercherà di ricostruire i tratti salienti delle principali problematiche poste dalla ricezione della direttiva europea in materia di concessioni demaniali marittime, partendo proprio dalle pronunce sia dell'Adunanza Plenaria che dalla più recente del TAR di Lecce.

¹⁰ Da ultimo, esprimendosi proprio su un caso di diniego di proroga in materia di concessione demaniale, la stessa Corte di Cassazione, Sez. Unite, 14 febbraio 2023, n. 473, ha osservato che «in tema di sindacato della Corte di Cassazione sulle decisioni giurisdizionali del giudice contabile o amministrativo, l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore è configurabile solo qualora il giudice speciale abbia applicato non la norma esistente, ma una norma da lui creata, esercitando un'attivi-

ra tecnica, per le quali è necessaria una elevata *expertise*, ma anche di opportunità, che dovrebbero essere riservate alla sola sfera discrezionale dell'Amministrazione¹¹.

Il secondo caso, invece, riguarda l'ordinanza di rimessione alla Corte di giustizia UE da parte del TAR per la Puglia di Lecce, in cui il giudice amministrativo ha posto all'attenzione del giudice sovranazionale alcuni quesiti, tra i quali devono in prima battuta menzionarsi il dubbio circa la natura armonizzatrice – e non liberalizzatrice – della direttiva *Bolkestein* e, inoltre, l'ulteriore dubbio in merito agli effetti non auto-esecutivi della direttiva. Quanto alla natura della direttiva, è d'uopo precisare che il TAR ha specificato che qualora si appuri definitivamente il carattere armonizzante della stessa, essa sarebbe da ritenersi, *de facto*, illegittima, poiché approvata con la sola maggioranza dei voti e non rispettando il requisito, come previsto dai Trattati, dell'unanimità. Su questi temi ci si soffermerà maggiormente nei paragrafi successivi.

Tornando, ora, alle problematiche generate dalla proroga delle concessioni in essere inserita dal Governo, il quadro si è oltremodo complicato in seguito alla legge di conversione del d.l. n. 198/2022 promulgata dal Presidente della Repubblica, il quale ha contemporaneamente manifestato le proprie riserve in merito allo *status* in cui versano le concessioni demaniali marittime¹². In merito, il Capo dello Stato ha ravvisato come sia «evidente che i profili di incompatibilità con il diritto europeo e con decisioni giurisdizionali definitive accrescono le incertezze del quadro normativo [...] Sarà infatti necessario assicurare l'applicazione delle regole della concorrenza e la tutela dei diritti di tutti gli imprenditori coinvolti, in conformità con il diritto dell'Unione [...]»¹³.

Il comunicato del Presidente è volto ad allertare Governo e Parlamento al fine di scongiurare una probabile apertura di una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia per violazione delle regole sulla libera concorrenza. È soprattutto quest'ultima che il Capo dello Stato pretende che venga effettivamente garantita, in conformità ai vincoli contenuti nei Trattati sovranazionali e confermati dalle pronunce della Corte del Lussemburgo. In relazione a quest'ultimo rilievo, un ordine di problemi si pone nel momento in cui la riserva espressa dal Colle sollecita il legislatore a procedere a un riordino della disciplina di recepimento della

tà di produzione normativa che non gli compete (così Cass. S.U., n. 36593 del 2021; Cass. S.U., n. 22711 del 2019; Cass. S.U., n. 32175 del 2018).

¹¹ Sul punto, si considerino gli interessanti rilievi svolti, di recente, da M. Crisci, *Risorse scarse e interesse transfrontaliero*, cit., 241 ss., spec. 261.

¹² Le criticità scaturenti dalle continue proroghe sono da ricondurre, secondo E. Cannizzaro, *Demanio marittimo*, cit., 1, più che a un atteggiamento omissivo del legislatore, a «comportamenti attivi, e cioè da leggi e atti amministrativi adottati al fine di impedire la corretta applicazione del diritto europeo da parte delle amministrazioni e dei giudici nazionali».

¹³ Comunicazione del Presidente della Repubblica del 24 febbraio 2023, consultabile in <https://www.quirinale.it/elementi/80338>.

direttiva *Bolkestein*, attuando in un breve lasso di tempo una normazione conforme alle prescrizioni sovranazionali.

Il che deve necessariamente coordinarsi con un quadro giurisdizionale, interno ed esterno, come evidenziato, tutt'altro che uniforme¹⁴. Infatti, questo potrebbe comportare un'incauta e pericolosa attuazione della direttiva euro-unitaria in materia concessoria, a causa anche della mancanza del tempo necessario affinché venga istituito un tavolo tecnico che consenta l'elaborazione di criteri precisi, chiari e strumentali al contesto unico rappresentato dal turismo balneare italiano. Si badi bene: a correre seri rischi, per via della realizzazione di bandi di gara aperti, non sono esclusivamente gli attuali concessionari e i loro decantati privilegi, ma a repentaglio pare essere la stessa libera concorrenza nella misura in cui si consentirà indistintamente a chiunque, anche alle più note e potenti imprese, di prendere parte alle procedure a evidenza pubblica, senza adeguati criteri protezionistici. Uno scenario che, in realtà, si è già avuto modo di sperimentare¹⁵.

Obiettivo di queste riflessioni è quello di ripercorrere i profili ritenuti più interessanti – e per certi versi problematici – delle pronunce giurisprudenziali concernenti l'applicabilità, l'applicazione quando vi è stata, la natura e gli effetti della direttiva europea in materia di concessioni demaniali marittime a fine turistico-ricreativo. La rilevanza dei temi menzionati emerge soprattutto in considerazione della sussistenza – o meno – del requisito della scarsità della risorsa come rilevato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nonché dalla apparente sostituzione di questo giudice al legislatore in sede di individuazione del termine di scadenza delle concessioni in essere. Soprattutto, si cercherà di ripercorrere gli interrogativi posti dal TAR di Lecce alla Corte di giustizia, esaminando in particolare la delicata questione relativa alla natura e alla legittimità della direttiva

¹⁴ Contro l'ultima proroga disposta dal Governo Meloni, anche di recente Cons. Stato, sez. VI, 1° marzo 2023, n. 2192, in cui il giudice amministrativo ha ribadito che «il Tribunale, infatti, non avrebbe colto che non era stata dedotta la natura self executing della direttiva nella sua interezza o del suo art. 12, bensì della specifica e puntuale “norma di divieto”, contenuta in tale articolo, la quale ha sicuramente “efficacia diretta”, prevedendo un obbligo chiaro, preciso, completo e incondizionato a carico degli Stati membri. Inoltre, diversamente da quanto affermato dal medesimo giudice, l'applicabilità del divieto contenuto nell'art. 12 della direttiva Bolkestein opererebbe indipendentemente dal fatto che le concessioni prese in considerazione rivestano interesse transfrontaliero certo. Non sarebbe nemmeno condivisibile l'affermazione secondo cui le spiagge non costituirebbero una risorsa scarsa [...] In conclusione giova soltanto soggiungere che, sulla base di quanto affermato dall'Adunanza Plenaria, con le ricordate sentenze nn. 17 e 18 del 2021, non solo i commi 682 e 683 dell'art. 1 della L. n. 145/2018, ma anche la nuova norma contenuta nell'art. 10-*quater*, comma 3, del D.L. 29/12/2022, n. 198, conv. in L. 24/2/2023, n. 14, che prevede la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere, si pone in frontale contrasto con la sopra richiamata disciplina di cui all'art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE, e va, conseguentemente, disapplicata da qualunque organo dello Stato».

¹⁵ È quanto avvenuto, come si cercherà di porre in evidenza, per una buona parte della costa triestina, dove la multinazionale *RedBull* si è aggiudicata 125mila metri quadrati di costa (di cui sessantacinque in regime di concessione). Sul punto, *RedBull compra un tratto di costa Adriatica: è l'antipasto della direttiva Bolkestein*, in *lindipendente.online* del 28 gennaio 2022; A. Somma, *Io sto con i balneari, in lafionda.org* del 17 giugno 2022.

europea stessa e il manifesto dissenso verso quanto sancito dalle sentenze gemelle. Ciò anche al fine di svolgere delle considerazioni conclusive circa gli effetti che le pronunce giurisdizionali, di concerto con i condizionamenti politici interni e sovranazionali, potranno eventualmente produrre sull'attività del legislatore.

2. *Alle origini del conflitto: le sentenze gemelle e il iudex legibus solutus*

Orbene, mediante l'adozione delle sentenze nn. 17 e 18, il Consiglio di Stato ha in primo luogo vagliato la natura della direttiva n. 123/2006 e se essa possa ritenersi idonea a produrre effetti diretti all'interno dell'ordinamento nazionale. A questo proposito, l'Adunanza Plenaria ha riconosciuto alla normativa in esame efficacia auto-esecutiva, sostenendo che siffatto «carattere è stato espressamente riconosciuto dalla Corte di giustizia nella sentenza *Promoimpresa* (C-174/06), oltre che da una copiosa giurisprudenza nazionale che ad essa ha fatto seguito»¹⁶. Queste affermazioni di principio, che non sembrano esser state adeguatamente motivate e sostenute da una uniforme interpretazione della giurisprudenza anche sovranazionale, hanno condotto il supremo consesso della giurisdizione amministrativa ad affermare perentoriamente l'immediata auto-esecutività della direttiva, o meglio la sua parziale idoneità a produrre circoscritti effetti diretti¹⁷, ritenendo non giustificato il comportamento omissivo tenuto dal legislatore e non ritenendo, viceversa, quale *condicio sine qua non* per la produzione di effetti della direttiva *Bolkestein* un previo recepimento da parte del Parlamento nazionale.

In virtù di questo assunto, il giudice amministrativo ha ritenuto doveroso stabilire un termine per la scadenza delle concessioni demaniali in essere, prevedendo così il differimento della produzione degli effetti delle sentenze stesse al 31 dicembre 2023¹⁸. Il tutto in nome di una riservata e, a quanto pare, auto-

¹⁶ Cons. Stato, Ad. Plen., cit., § 26; Corte di giustizia dell'Unione europea, 14 luglio 2015, *Promoimpresa e a.*, C-174/06.

¹⁷ E. Cannizzaro, *Demanio marittimo*, cit., 3, sostiene che «l'art. 12 della Direttiva Bolkestein abbia, nel suo contenuto negativo, effetti diretti. Tale disposizione, da un lato, impone agli Stati l'obbligo della selezione del contraente attraverso una procedura competitiva e, per questo aspetto, assicura agli Stati membri un certo margine di discrezionalità; dall'altro proibisce, invece, proroghe automatizzate e generalizzate. In altri termini, per lo meno in relazione all'obbligo negativo che esso impone agli Stati, e cioè quello di non disporre proroghe automatiche e generalizzate, l'art. 12 ha indubbiamente effetti diretti [...]».

¹⁸ A questo proposito, M.A. Sandulli, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 dell'Adunanza Plenaria*, in *Diritto e Società*, 2021, III, 354, ha rimarcato la contraddittorietà – non superabile – delle decisioni passate in rassegna, sostenendo che «se il primato del diritto UE e la pretesa valenza autoapplicativa della Direttiva 123/2006 ostano all'applicazione delle leggi nazionali di proroga e gli atti amministrativi che le richiamano devono per l'effetto davvero essere considerati *tamquam non essent*, le sentenze che ne affermano comunque l'efficacia fino al 31 dicembre 2023 finiscono, in sostanza, 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, dovrebbe-

ma discrezionalità. Più precisamente, l'Adunanza Plenaria si è espressa sui quesiti che le sono stati deferiti, per quel che interessa questa sede, così riassunti: se sia doverosa, o no, la disapplicazione delle leggi statali o regionali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico ricreative e se, soprattutto, sussista un obbligo di disapplicazione della normativa interna per i funzionari dello Stato qualora in conflitto con il diritto dell'Unione; se una volta accertata la sussistenza di suddetto obbligo esso si estenda a tutte le articolazioni dello Stato, nonché, qualora la direttiva sia ritenuta *self-executing*, l'attività interpretativa sia riservata unicamente agli organi della giurisdizione nazionale o spetti anche agli organi di amministrazione attiva; ancora, se, in caso di risposta affermativa al precedente quesito, in presenza di un inadempimento circa l'obbligo disapplicativo, l'amministrazione dello Stato sia tenuta all'annullamento d'ufficio del provvedimento emanato in contrasto con la normativa dell'Unione europea o, comunque, sia tenuta a procedere al suo riesame ai sensi della l. 241 del 1990.

Per quanto concerne la natura *self-executing* della direttiva europea, il Consiglio di Stato ha ritenuto sufficiente, al fine di attribuire tale qualifica, il richiamo agli obiettivi in materia di concorrenza fissati dal legislatore europeo, a partire proprio dai presunti effetti diretti che esplicherebbe l'art. 12 nella sua portata negativa¹⁹. Sennonché, al contempo, il giudice amministrativo ha palesato la necessità che il legislatore nazionale provveda all'attuazione della normativa, facendo trasparire, altresì, che proprio l'inerzia del legislatore italiano non fa che corroborare la tesi secondo cui la *Bolkestein* non sia dotata di un'efficacia diretta. Il che contribuisce a rendere la suggestiva teoria degli effetti diretti non altro che una mera statuizione di principio, una presupposizione che però non trova riscontro né all'interno della legge nazionale né tantomeno in quella euro-unitaria.

In altri termini, l'Adunanza Plenaria pur esortando il Parlamento a intervenire entro il termine di scadenza da essa discrezionalmente fissato, e fin quando perdura l'inerzia del legislatore stesso, ha ritenuto conforme a diritto la facoltà di sostituirlo

ro essere a loro volta disapplicate dalle amministrazioni e dagli altri giudici», in riferimento a Cons. Stato, Ad. Plen., cit., § 45, §51, in cui il giudice ha sostenuto la non rilevanza dei «poteri di autotutela decisoria della P.A. in quanto l'effetto di cui si discute è direttamente disposto dalla legge, che ha nella sostanza legittimato i provvedimenti di concessione prorogandone i termini di durata. La non applicazione della legge implica, quindi, che gli effetti da essa prodotti sulle concessioni già rilasciate debbano parimenti ritenersi *tamquam non essent*, senza che rilevi la presenza o meno di un atto dichiarativo dell'effetto legale di proroga adottato dalla P.A. o l'esistenza di un giudicato. Venendo in rilievo un rapporto di durata, infatti, anche il giudicato è comunque esposto all'incidenza delle sopravvenienze e non attribuisce un diritto alla continuazione del rapporto».

¹⁹ Direttiva del 12 dicembre 2006, n. 123/2006/CE, art. 12, I comma: «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».

tuirsi *de facto* al potere legislativo, ritenendo inammissibile la proroga automatica *ex lege*²⁰. Inoltre, l'attività sostitutiva posta in essere da questo giudice emerge anche sotto un altro profilo, da ritenersi strettamente amministrativo. Infatti, il Consiglio ha ravvisato – sulla base di una propria indagine discrezionale – la sussistenza del requisito della scarsità della risorsa costiera e del numero limitato di provvedimenti concessori disponibili²¹. Questa statistica è stata ricavata dalla Plenaria attraverso l'ottenimento di dati in possesso del Ministero delle Infrastrutture.

In seguito alla loro consultazione, il giudice ha presunto la sussistenza della scarsità della risorsa costiera italiana e, di conseguenza, ritenuto configurabile un'elevata domanda del bene da parte di altri potenziali concorrenti. Pertanto, risultando scarsa la risorsa naturale oggetto della concessione demaniale, il legislatore non può eludere le prescrizioni contenute all'interno della direttiva servizi – ritenuta aprioristicamente *self executing* – prorogando le concessioni e, di riflesso, decidendo di non applicare le norme sulla libera concorrenza. In merito, sembrano essere fin troppo chiari i punti di diritto fissati dal Consiglio di Stato. Se non fosse che nell'ordinamento giuridico italiano vige, ancora, il principio della separazione dei poteri.

Rimanendo in tema, ammesso e non concesso che sussista, come ribadito dall'Adunanza Plenaria, il requisito della scarsità delle risorse, come può un organo giurisdizionale, qualunque esso sia, svolgere indagini, analisi statistiche, formulare proprie considerazioni che dovrebbero essere di esclusiva pertinenza dell'Amministrazione e della sua connessa potestà discrezionale?

In sostanza, il ragionamento condotto dalla massima assise della giurisdizione amministrativa – non vertendo su una controversia dove gli è consentito conoscere e giudicare nel merito della *quaestio facti* – sfocia in una valutazione di carattere discrezionale, funzionale all'applicazione diretta della direttiva euro-unitaria senza l'intermediazione (necessaria) prima del legislatore, poi dell'Amministrazione²². È a quest'ultima, infatti, che l'ordinamento riconosce il compito di rilasciare le autorizzazioni ai concessionari e, in via ipotetica, è a quest'ultima che compete indire le gare a evidenza pubblica al fine del rilascio dei provvedimenti medesimi, anche quando e qualora vi sarà l'attuazione e l'adeguato recepimento della direttiva *Bolke-*

²⁰ Cons. Stato, Ad. Plen., cit., § 26.

²¹ Ivi, § 13.2; § 25.

²² In tale direzione, M.A. Sandulli, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari"*, cit., 361, secondo cui la «lettura – e riletture – delle pronunce restituisce invero sempre più la triste impressione che, avvertendo la difficoltà della politica di trovare urgentemente una soluzione a un problema sicuramente serio e annoso, aggravato dalle vane e ripetute sollecitazioni delle istituzioni eurounitarie a un legislatore smaccatamente attendista, il Consiglio di Stato, con un'azione congiunta dei suoi organi supremi, abbia ingiustamente sacrificato il suo ruolo di giudice-interprete per privilegiare quello – proprio piuttosto della funzione consultiva – di 'ausiliare' il legislatore in una congiuntura particolarmente difficile, fino ad assumere, in sua vece, posizioni e scelte di 'opportunità' e di 'equilibrio' nel contemperamento di diversi interessi, che sono appannaggio esclusivo della politica».

stein. Ne consegue, come logico corollario, che solo l'Amministrazione può svolgere, mediante l'esclusivo esercizio discrezionale, le valutazioni necessarie per addivenire a un giudizio esaustivo sulla configurabilità, o meno, della scarsità della risorsa costiera. Questo anche al fine di valutare gli interessi in gioco e, in particolare, l'interesse pubblico²³. È chiaro come le suddette valutazioni non possano essere svincolate da un indirizzo ben determinato. Ma tale indirizzo non può che provenire dal legislatore e non da un organo giurisdizionale che a esso si è sostituito, adducendo, tra l'altro, come ragione giustificatrice l'inerzia del Parlamento.

La questione è più delicata di quanto sembri, poiché sono in discussione il principio di legalità e la separazione dei poteri, assi portanti dell'architettura costituzionale dello Stato. Uno dei rischi maggiori che possono scaturire dalle sentenze *de quibus* dell'Adunanza Plenaria è rappresentato dal plausibile consolidamento dell'*iter* logico da essa tracciato, con i manifesti vizi, e pericoli, che emergono. Per questa ragione, non a torto, si è sostenuto che «il giudice amministrativo – nella sua funzione nomofilattica – ha esteso la propria giurisdizione oltre i confini del controllo della funzione amministrativa attiva, ad essa normalmente precluso»²⁴. Non è dato sapere, però, in base a quali norme attributive di potere il Consiglio di Stato abbia effettuato considerazioni di opportunità sia per quanto attiene allo *status* vigente del mercato e dei servizi balneari, sia circa la sussistenza del requisito della scarsità della risorsa in questione. È tuttavia un dato incontrovertibile che esso lo abbia fatto. Allo stesso tempo, non può non destare preoccupazione il messaggio del Capo dello Stato nella parte in cui ha richiesto al legislatore di dare seguito, nell'adottare una disciplina conforme alle prescrizioni euro-unitarie, a quanto stabilito dall'Adunanza Plenaria con le sentenze gemelle, con le insidiose conseguenze che da tale attuazione potrebbero derivare.

Le interpretazioni rese dai giudici di Palazzo Spada hanno altresì portato all'imposizione, gravante su tutti i giudici e anche su tutti i singoli funzionari dell'Amministrazione, consistente nella disapplicazione della legge di proroga, al fine di favorire l'applicazione della direttiva sovranazionale. Peraltro, ponendo di fatto i singoli funzionari, ad esempio comunali, sullo stesso piano dei giudici, sui quali incombe lo stesso onere di disapplicazione della normativa interna. Sul punto si tornerà successivamente.

²³ Vale la pena richiamare le riflessioni di F.G. Scoca, *La riserva di amministrazione come problema*, in Aa.Vv., *Liber Amicorum per Marco D'Alberti*, Torino, 2022, 398, secondo cui la funzione amministrativa «deve essere prevista dalla legge e deve curare nel modo migliore l'interesse pubblico concreto. A tale scopo deve muoversi nello spazio previsto in via astratta dalla legge e deve svolgersi attraverso un procedimento accuratamente disciplinato, nell'ambito del quale viene individuato, elaborato e precisato, con la partecipazione dei privati interessati, l'interesse pubblico concreto, inteso come la sintesi algebrica di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti nella singola operazione amministrativa».

²⁴ Così M. Crisci, *Risorse scarse e interesse transfrontaliero*, cit., 250.

Orbene, il Consiglio di Stato, con l'adozione delle menzionate sentenze, ha tratto alcune conclusioni in punto di diritto, tra le quali: il carattere di liberalizzazione della direttiva (e non di armonizzazione); l'efficacia diretta della direttiva europea; la sussistenza del requisito della scarsità della risorsa costiera e, infine, l'obbligo di disapplicazione della legge nazionale, che incombe anche sul singolo funzionario dell'Amministrazione²⁵.

Un serio, e probabilmente senza precedenti, ordine di problemi si è posto nell'istante in cui un giudice inferiore, nella fattispecie il TAR di Lecce, ha disatteso, temporaneamente, i punti di diritto fissati dal giudice della nomofilachia, svolgendo argomentazioni in chiaro contrasto con quest'ultimo e ponendo fortemente in dubbio l'interpretazione della direttiva euro-unitaria e anche parte della giurisprudenza cui la stessa Adunanza Plenaria ha fatto richiamo. Da ciò è scaturita l'ulteriore trasposizione del conflitto giurisdizionale dal solo piano interno a quello sovranazionale, laddove alla Corte di giustizia sono stati posti alcuni quesiti pregiudiziali a opera del giudice del TAR pugliese. Quesiti che si cercano ora di esaminare, osservando altresì le risposte rese dalla CGUE nella medesima causa, di concerto al resto delle obiezioni mosse dal Collegio alle statuizioni svolte dal Consiglio di Stato che in questa sede si ritengono maggiormente rilevanti.

3. *L'ordinanza n. 743/2022 e il rinvio pregiudiziale del TAR di Lecce alla Corte di giustizia. L'antefatto*

Mediante ordinanza dell'11 maggio 2022, n. 743, la prima sezione del TAR Puglia Sede di Lecce ha posto alcuni quesiti pregiudiziali alla CGUE a causa della controversia insorta tra l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) e il Comune di Ginosa (TA). In particolare, l'Autorità ha chiesto al giudice amministrativo l'annullamento delle delibere della giunta comunale nn. 19 e 225 del 2020 e i relativi atti di proroga inerenti a una concessione demaniale marittima, attraverso l'adozione di un parere contrario rispetto a quello deliberato dal Comune²⁶. Tra le motivazioni addotte, l'AGCM sostiene che vi è stata una violazione

²⁵ Il deferimento della controversia all'Adunanza Plenaria non è stato esente da critiche. In merito, M.A. Sandulli, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari"*, cit., 331 ss.; R. Mastroianni, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e le concessioni balneari: due passi avanti e uno indietro?*, in *Eurojus*, 2022, I, 107 ss., secondo cui, in realtà, non vi erano i presupposti di un chiaro contrasto giurisprudenziale che giustificasse una remissione all'Adunanza Plenaria.

²⁶ In merito alla natura del sindacato del giudice amministrativo circa le valutazioni svolte dall'*antitrust*, per una prospettiva anche storica, M. D'Alberti, *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2004, II, 347 ss., ha sostenuto che «non solo la complessità delle valutazioni, ma anche il carattere quasi-giurisdizionale delle funzioni dell'Autorità hanno indotto il giudice a praticare un sindacato 'debole' sugli apprezzamenti tecnici più delicati che la legge ha voluto affidare ad un organismo amministrativo del tutto

degli artt. 49 e 56 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, dovuta alla non osservanza delle prescrizioni contenute all'interno della direttiva *Bolkestein* in materia di libera concorrenza. Infatti, l'Autorità ha rammentato l'obbligo per l'Amministrazione comunale di procedere a gare a evidenza pubblica per l'assegnazione delle concessioni demaniali marittime, in ossequio ai vincoli euro-unitari²⁷.

A tal proposito, la disposizione della proroga delle concessioni in essere è risultata, secondo l'*authority* di settore, essere in palese contrasto con le previsioni della direttiva servizi in questione e, pertanto, la normativa nazionale deve essere disapplicata in favore di quella sovranazionale²⁸. Tuttavia, suddetto assunto non ha trovato l'accoglimento da parte dell'Amministrazione, secondo cui la direttiva non ha natura *self-executing* e per tale ragione è risultata inammissibile la disapplicazione della disciplina interna. Sul punto, l'Autorità resistente ha fatto richiamo, sin dal principio, alla giurisprudenza dello stesso TAR dianzi al quale ha impugnato il provvedimento ritenuto viziato in seguito al mancato adeguamento da parte del Comune ai rilievi che erano stati rilevati²⁹.

Nel merito, l'Autorità ha contestato all'Amministrazione la violazione e la falsa applicazione dell'art. 12 della direttiva europea, denunciando, tra l'altro, la violazione dei canoni sovranazionali di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi nel mercato interno, con conseguente violazione dell'art. 49 del TFUE.

La fissazione e discussione della causa era stata posticipata in attesa che sull'interpretazione della normativa in questione si pronunciasse l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. Pronuncia che, come si vedrà, non è riuscita a condurre a una soluzione pacifica e unanime nella controversia pendente presso il TAR di Lecce.

peculiare. Sotto tale profilo, quanto meno, l'atteggiarsi del giudice amministrativo nei confronti dell'amministrazione assume in materia di concorrenza tratti distintivi rispetto ad altri settori del contenzioso».

²⁷ AGCM, parere del 19 marzo 2021, n. AS1764.

²⁸ La normativa nazionale di riferimento, in materia di proroghe delle concessioni demaniali marittime, era costituita dalla l. 145/2018 e dalla l. 77/2020, ora sostituita dalla nuova legge di conversione del d.l. 29 dicembre 2022, n. 198, c.d. "*Milleproroghe*".

²⁹ Questa facoltà è riconosciuta all'AGCM direttamente dalla l. del 10 ottobre 1990, n. 287, art. 21-*bis*, secondo cui «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. 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». Sui poteri dell'AGCM, senza presunzione di completezza, *ex multis*, M. Clarich, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Diritto amministrativo*, 1993, I, 77 ss.; F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, 2005, 351 ss.; A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007, 103 ss.; B.G. Mattarella, *Il ruolo dell'AGCM*, in M. Ainis (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Roma-Bari, 2019, 141 ss.

3.1. *Un'interpretazione controversa: l'art. 12, gli effetti (non) diretti e l'incertezza del quadro normativo. La posizione della CGUE nella pronuncia C-348/2022*

È fuori di dubbio che per meglio comprendere la natura e gli effetti esplicabili dalla direttiva *Bolkestein* ci si debba soffermare su uno degli articoli più importanti, la cui interpretazione risulta controversa in dottrina e in giurisprudenza. Si vuole fare riferimento all'art. 12 della direttiva e in particolare ai presunti effetti diretti, ancorché limitati al contenuto negativo, che esso sarebbe in grado di esplicare. In primo luogo, l'articolo prevede l'obbligo di procedere, per lo Stato membro, a una selezione fondata su criteri e garanzie di imparzialità e trasparenza tra candidati potenziali, qualora le autorizzazioni disponibili per determinate attività siano limitate a causa della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili.

In secondo luogo, la norma prescrive, in linea generale, che le autorizzazioni siano rilasciate per una durata limitata, e adeguata, nel tempo e, al contempo, l'impossibilità che, alla scadenza del termine, sopraggiunga un rinnovo automatico delle stesse. In terzo luogo, il legislatore europeo ha previsto una clausola contenente alcuni criteri che gli Stati membri possono tenere in considerazione nell'elaborazione delle regole inerenti alla individuazione dei futuri concessionari³⁰. Mentre ci si è soffermati già precedentemente sul requisito della scarsità delle risorse naturali, resta da chiarire un aspetto per quanto concerne il contenuto della clausola di cui all'ultimo comma.

Questo, infatti, elenca una serie di beni giuridici tutt'altro che di secondo piano, ma che anzi il legislatore deve valutare, per la loro importanza, piuttosto adeguatamente: si tratta di beni quali la salute pubblica, la politica sociale, la sicurezza e la posizione dei lavoratori autonomi e dipendenti, la salvaguardia dell'ambiente e del patrimonio culturale. Beni giuridici, questi ultimi, la cui tutela non può che interferire con una piena ed effettiva attuazione del libero incontro di domanda e offerta nel mercato.

Pertanto, anche qualora il legislatore italiano dovesse decidere di recepire, così attuando definitivamente, la direttiva anche per il settore demaniale marittimo, dovendo procedere a gare a evidenza pubblica, dovrà, logicamente, elaborare dei criteri restrittivi della libera concorrenza prima di procedere alle stesse, al fine di garantire margini effettivi di tutela inerenti all'interesse generale menzionato all'interno dello stesso art. 12 della direttiva. L'aspetto dirimente che deve evi-

³⁰ Il III comma dell'art. 12 della direttiva prevede che «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 di interesse generale conformi al diritto».

denziarsi è che tale legittimazione non gli deriva da una interpretazione soggettiva volta all'esclusiva necessità di salvaguardare il mercato interno a discapito della libertà di stabilimento o delle altre libertà di circolazione riconosciute dai Trattati sovranazionali. Essa, invece, discende da un pieno riconoscimento espresso all'interno della stessa normativa sovranazionale, che non pare necessiti di ulteriore interpretazione o chiarimento. Ciò potrà tornare utile per il tempo in cui si dovranno redigere, qualora si decida di intraprendere la strada del recepimento della direttiva anche per il settore turistico balneare, i criteri di gara. In particolare, tenendo anzitutto conto della posizione occupata dai soggetti più fragili, a cominciare dai lavoratori dipendenti fino ai lavoratori autonomi, come i nuclei familiari, che hanno deciso di investire i propri risparmi in attività economiche di questo tipo e che, invero, un regime di concorrenza aperto e incontrollato rischierebbe di trascinare inesorabilmente. Resta, ora, da sottolineare un ultimo elemento quanto agli effetti della *Bolkestein*.

Come noto, il dovere di disapplicare ogni atto interno che si pone in contrasto con il diritto dell'Unione deriva dal principio del primato e degli effetti diretti³¹. Inoltre, secondo la gerarchia delle fonti del diritto euro-unitario, la direttiva non è, generalmente, in grado di produrre effetti ma per far sì che ciò accada è necessario un previo recepimento del legislatore nazionale. È questo l'aspetto dirimente che contraddistingue la direttiva, ad esempio, dal regolamento. Quest'ultimo, infatti, deve obbligatoriamente essere applicato indistintamente sia dal giudice nazionale che dal singolo funzionario, sui quali incombe il dovere di disapplicare la normativa nazionale in favore del regolamento euro-unitario. L'immediata applicabilità è la caratteristica propria e unica del regolamento, poiché a esso riconosce la capacità di attestarsi anche quale fonte di diritto interno, senza che sia necessario alcun previo recepimento da parte dell'ordinamento nazionale.

La garanzia per lo Stato membro è rappresentata dall'adeguatezza e dalla completezza di questa fonte del diritto, tanto è vero che essa costituisce, al contempo, una garanzia anche per il singolo individuo che può invocare l'immediata applicabilità – previa disapplicazione della normativa interna ritenuta in contrasto con quella euro-unitaria – del regolamento qualora ritenga di essere pregiudicato dalla non applicazione da parte o del giudice o dell'Amministrazione nazionale. Lo stesso non sempre vale, invece, per l'attitudine di una direttiva a produrre effetti diretti. A questo proposito, quale regola generale, nessun giudice né tantomeno nessun singolo funzionario amministrativo potrebbero disapplicare una norma nazionale, ancorché ritenuta in contrasto con il diritto dell'Unione, per

³¹ Fondamentale, proprio in relazione al settore delle concessioni demaniali marittime, quanto osservato, da ultimo, da F. Liguori, *Efficacia diretta e primato europeo: condizioni, effetti e limiti di operatività nel settore delle concessioni demaniali marittime*, in *MVNVS - Rivista giuridica dei servizi pubblici*, 2023, II (in corso di pubblicazione).

dare attuazione a una direttiva euro-unitaria che non sia stata ancora recepita dal legislatore nazionale. Un tale effetto sostitutivo è da ritenersi illegittimo poiché consentirebbe a una direttiva di esplicare effetti diretti, il che non è ammissibile se non in determinate fattispecie, ovvero allorché la direttiva risulti chiara e incondizionata, requisiti che non sembrano però ricorrere nel caso in esame³².

Non solo, ma dovrebbe ritenersi *contra legem* la disapplicazione di una norma nazionale in favore di quella europea quando tale procedimento vada a ledere un diritto legittimamente acquisito, come nel caso di un concessionario che si veda, improvvisamente, venir meno l'autorizzazione inizialmente riconosciutagli dall'Amministrazione. Si tratterebbe di un vero e proprio pregiudizio arrecato a un soggetto privato, prodotto dell'interpretazione in *malam partem* del contenuto della normativa europea. Tale procedimento non potrebbe essere azionato né dal giudice né dal singolo funzionario, neanche qualora si adduca quale giustificazione l'uniforme applicazione del diritto sovranazionale, poiché, nella fattispecie, il rimedio per sanzionare lo Stato membro non può essere rappresentato dalla disapplicazione, la quale andrebbe ingiustamente a ledere un diritto, come ribadito, legittimamente acquisito dal soggetto coinvolto cui vorrebbero aspirare altri privati, ma esso è rappresentato dalla possibilità per la Commissione dell'Unione di aprire una procedura di infrazione, la quale, invece, non sanziona direttamente l'individuo, ma lo Stato inadempiente. Allo stesso tempo, i controinteressati, presunti pretermessi dall'attività amministrativa dello Stato membro e in presenza di una direttiva ancorché non *self-executing*, potrebbero comunque richiedere il risarcimento del danno per l'omessa o infedele attuazione del diritto UE (c.d. criterio *Francovich*)³³.

Tuttavia, come si vedrà, nella pronuncia C-348/22 la Corte di giustizia ha optato per un'altra soluzione, riconducendo tale situazione a quelle mere ripercussioni negative che colpiscono il terzo concessionario uscente, che era nelle condizioni di poter prevedere l'adozione di un provvedimento lesivo dei propri interessi, al quale altresì non si aggiunge alcun ulteriore obbligo pubblicistico, dato che gli si impedisce esclusivamente, sostiene la Corte, di sfruttare positivamente l'inadempimento dello Stato membro³⁴. Questo consentirebbe di riflesso ai privati pretermessi da un'eventuale procedura competitiva di opporsi a siffatto inadempimento, invocando gli effetti diretti (orizzontali) della direttiva e, non da ultimo, di garantire l'effettiva libera circolazione dei servizi.

Quanto al recepimento della direttiva *de qua*, invece, il TAR ha ricordato come essa non abbia ancora trovato una piena attuazione all'interno dell'ordina-

³² Sull'idoneità a produrre effetti diretti da parte di una direttiva, in primo luogo, si consideri Corte di giust., 4 dicembre 1974, C-41/74, *van Duyn c. Home Office*.

³³ Così come delineato dalla stessa CGUE, 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich et al. c. Italia*.

³⁴ A partire da CGUE, 14 ottobre 2010, C-67/09 P, *Nuova Agricast Srl, Cofra Srl v. Commissione*, § 71.

mento giuridico italiano, essendosi il legislatore esclusivamente limitato a prorogare, ogniqualvolta fosse stato imminente lo spirare di validità del termine di scadenza, la durata delle concessioni. A partire dalla l. 25/2010 (la quale ha abrogato l'art. 37 del Codice della Navigazione che prevedeva il c.d. *diritto di insistenza*)³⁵, consentendo, così, l'archiviazione della procedura di infrazione n. 4908 del 2008 avviata dalla Commissione europea, passando per il d.lgs. n. 59/2010 (giudicato come esclusivo e formale recepimento della direttiva n. 123/2006/CE), che ha prorogato le concessioni di ulteriori sei anni.

Successivamente, è intervenuta la legge finanziaria del 2019, che ha previsto l'ennesima proroga, di durata ultradecennale a partire dal 31 dicembre 2020, senza tuttavia sopperire all'inerzia tenuta dal legislatore nazionale, anzi, atteggiandosi allo stesso modo di quanto stabilito dal legislatore precedente. Da ultimo, come ribadito, è intervenuto il d.l. del 29 dicembre 2022, n. 198, convertito di poi in legge, con il quale si è posticipato il termine di scadenza delle concessioni di un anno rispetto a quanto previsto, questa volta e con le perplessità sollevate, non dal precedente legislatore, ma dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato mediante l'adozione delle sentenze nn. 17 e 18.

L'atteggiamento omissivo del legislatore italiano nel non aver adottato una chiara disciplina di recepimento delle prescrizioni europee in materia di concessioni demaniali marittime non ha comunque impedito una sua attuazione da parte di alcune amministrazioni. Ciò, infatti, ha provocato una confusione piuttosto diffusa all'interno del panorama amministrativo nazionale a seconda che, ad esempio, giunte e dirigenti comunali ritenessero vincolanti le prescrizioni della direttiva pur in assenza di una precisa disciplina nazionale di recepimento o che questa, invece, non operasse a causa dell'assenza di una legislazione interna.

Tale quadro, così disordinato, non è sfuggito al TAR di Lecce, il quale ha avuto modo di sostenere che l'ulteriore proroga fatta dal legislatore nazionale «in assenza della approvazione della disciplina di riordino della materia, integrando evidente violazione delle prescrizioni contenute nella direttiva servizi ove applicabile e, comunque, dello stesso art. 49 del Trattato, ha determinato uno stato di assoluta incertezza per gli operatori e per le pubbliche amministrazioni, anche in ragione della elevata probabilità di avvio di ulteriori procedure di infrazione»³⁶.

La cornice nella quale si colloca questa decisione consente di rilevare come i giudici, nell'argomentare l'ordinanza adottata, non si siano tenuti a condurre una mera operazione esegetica sulla legge proroga e sulla direttiva europea, ma abbia-

³⁵ In merito, si rinvia a M. Ragusa, *Porto e poteri pubblici. Una ipotesi sul valore attuale del demanio portuale*, Napoli, 2017, 240 ss.; V. Caputi Jambrenghi, *L'interesse pubblico nelle concessioni demaniali marittime*, in D. Granara (a cura di) *In litore maris – poteri e diritti in fronte al mare*, Torino, 2019, 77 ss.

³⁶ TAR Puglia di Lecce, sezione I, 11 maggio 2022, ord. n. 743, paragrafo II.

no invece ritenuto necessario fare riferimento al contesto generale nel quale sia le amministrazioni che le imprese si trovano a spaziare.

Si tratta, richiamando la stessa espressione impiegata dal Collegio, di un clima di «assoluta incertezza». A questo proposito, il giudice amministrativo ha ricostruito il complicato combinato disposto tra la disciplina nazionale e quella sovranazionale. In particolare, la prima, in materia di concessioni sul demanio, risulta a oggi di effettiva pertinenza dei Comuni a causa di una doppia delega ad opera dello Stato alle Regioni e da queste ultime ai Comuni. Il che rappresenterebbe una ipotesi di contrasto con l'art. 117 Cost., che riserva, in via esclusiva, allo Stato (e ciò è da tempo oggetto di molteplici statuizioni da parte del giudice delle leggi)³⁷ la materia della concorrenza, cui la *Bolkestein* intende garantire l'attuazione.

In questo marasma, il TAR ha cercato di muoversi con dimestichezza, ritenendo di non poter prescindere dal contesto vigente. Un contesto in cui l'azione amministrativa – in relazione al settore delle concessioni demaniali marittime – è affidata *in primis* ai comuni.

Un ragionevole ordine di problemi si è posto nell'istante in cui il legislatore non è intervenuto per fornire ai singoli comuni – e ai relativi funzionari – gli strumenti indispensabili a garantire una uniforme applicazione della direttiva sovranazionale, cosa che avrebbe potuto fare soltanto mediante l'adozione di una precisa disciplina di recepimento. Da tale mancanza è scaturita una inevitabile lacuna normativa colmata da molteplici, e in alcuni casi contrastanti, decisioni adottate dalle singole amministrazioni, alle quali non è stato dato alcun parametro nazionale di riferimento se non quello dell'ultima legge di proroga (l. 145/2018).

L'eventuale adozione, da parte del legislatore italiano, di una normativa in materia di concessioni demaniali marittime, valevole per tutto il territorio nazionale, avrebbe certamente permesso alle amministrazioni comunali di operare in un contesto determinato e privo di quelle ambiguità che, da ultimo, si stanno manifestando.

Il mancato intervento legislativo ha provocato uno stato amministrativo di caos e di assoluta incertezza del diritto. In questa direzione, vi sono esempi di comuni che hanno applicato la legge nazionale di proroga fino al 31 dicembre 2033, altri, invece, che hanno negato la validità stessa della legge nazionale, disapplicandola seppure non in favore di quella euro-unitaria; altri, ancora, hanno

³⁷ Più di recente, Corte. Cost., 24 giugno 2020, sent. n. 161. La riserva di competenza statale in materia di concorrenza è altresì rinvenibile in precedenti pronunce del giudice delle leggi. Ad esempio, la Corte ha ribadito questo principio nel momento in cui il legislatore ha ritenuto opportuno istituire una nuova Autorità indipendente in materia di trasporti, Corte cost., 14 marzo 2013, sent. n. 41. Sul punto, *ex multis*, A. Police, *Il servizio pubblico di trasporto in Italia*, in *I servizi pubblici economici tra mercato e regolazione. Atti del XX Congresso Italo-Spagnolo dei Professori di Diritto Amministrativo, Roma 27 febbraio – 1° marzo 2014*, (a cura di) M.A. Sandulli e L. Vandelli, Napoli, 2016, 193 ss.

dapprima accordato la proroga sulla base della normativa interna e, in un secondo momento, hanno proceduto al suo annullamento in autotutela.

Uno scenario non solo confuso, ma anche allarmante e in grado di cagionare danni all'economia nazionale. È questo il punto di partenza fissato dal giudice amministrativo prima di pervenire al merito della questione. Inoltre, detto giudice non ha potuto non considerare i frequenti dialoghi che intercorrono tra ordinamenti nazionali e ordinamento sovranazionale, anche e sopra tutto sul piano giurisdizionale, tra corti nazionali e CGUE³⁸.

A riguardo, il giudice amministrativo ha precisato che il rapporto intercorrente tra normativa esterna e normativa interna si colloca in una precisa gerarchia delle fonti, al vertice della quale egli pone i principi irrinunciabili della Costituzione repubblicana e le sue leggi costituzionali; in subordine a queste vi sono le norme euro-unitarie, tra cui rilevano gli atti immediatamente applicabili ed efficaci (i regolamenti e le direttive *self-executing*), seguite dalle leggi ordinarie nazionali, dai regolamenti nazionali, etc. etc³⁹.

³⁸ Risultano essere, infatti, innumerevoli le interlocuzioni tra giudici delle corti supreme nazionali e la CGUE. In alcuni casi lo scontro ha raggiunto livelli di tensione alquanto elevati, tali da giustificare, in alcune circostanze, il ricorso al sindacato c.d. dei *controlimiti* costituzionali al fine di paralizzare le decisioni adottate, in ultima istanza, dal giudice europeo o, financo, l'esperienza del sindacato *ultra vires*. Tra i più noti e recenti casi è possibile menzionare due esempi: il primo, il noto caso *Taricco*, CGUE, 8 settembre 2015, C-105/14; 5 dicembre 2017, C-42/17. Quest'ultima decisione in risposta all'ordinanza della nostra Corte Cost., 26 gennaio 2017, n. 24/2017. Il *casus belli* si è successivamente risolto con la pronuncia della C. Cost., 10 aprile 2018, 115/2018. Di recente vi è stato uno scontro giurisdizionale dall'eco rilevante tra le istituzioni politiche e le rispettive corti dell'Unione europea e della Polonia, in particolare per quanto concerne l'autonomia e l'indipendenza dei giudici nazionali dal potere esecutivo. Nella fattispecie, infatti, il sindacato esercitato dal giudice delle leggi polacco, su espresso invito del Governo, ha assunto le sembianze di un sindacato più forte financo di quello dei controlimiti, che si è soliti indicare con il termine "*ultra vires*". In proposito, si consideri la decisione del Trybunał Konstytucyjny, 7 ottobre 2021, K3/21, *Assessment of the conformity to the Polish Constitution of selected provisions of the Treaty on European Union*, in risposta alle numerose censure mosse dalla CGUE, 19 novembre 2018, C-585/18, C-624/18, 625/18, *A.K. e a.*; 24 giugno 2019, C-619/18, *Commissione c. Polonia*; 5 novembre 2019, C-192/18, *Commissione c. Polonia*; 26 marzo 2020, C-558/18 e 563/18, *Miasto Lowicz*; 8 aprile 2020, C-791/19 R, *Commissione c. Polonia*; 2 marzo 2021, C-824/18, *A. B. e a.*; *Commissione c. Polonia*; 14 luglio 2021, C-204/21 R, *Commissione c. Polonia*; 15 luglio 2021, *Commissione c. Polonia*, C-791/19. Sulla dottrina dei controlimiti, si rinvia brevemente a M. Luciani, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2016, II; F. Viganò, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco, in Diritto penale contemporaneo*, I, Milano, 2016, 1-35, ora in A. Bernardi (a cura di), *I controlimiti*, Napoli, 2017, 233-272. Sul sindacato *ultra vires*, anche per una prospettiva storica, si consideri quanto osservato da A.P. Sereni, *Le organizzazioni internazionali*, Milano, 1959, 116 ss. Sul caso polacco, E. Cannizzaro, *Sovereign within the Union? The Polish constitutional tribunal and the struggle for European values*, in *European Papers*, 2021, VI, 1117 ss.; G. Di Federico, *Il Tribunale costituzionale polacco si pronuncia sul primato (della Costituzione Polacca): et nunc quo vadis?*, in *BlogDUE del 13 ottobre 2021*, 1 ss.; L.F. Pace, *La sentenza della Corte costituzionale polacca del 7 ottobre 2021: tra natura giuridica dell'Unione, l'illegittimità del sindacato ultra vires e l'attesa della soluzione della "crisi" tra Bruxelles e Berlino*, in *BlogDUE del 28 ottobre 2021*, 1 ss.; sia consentito anche F. Tomasicchio, *Sul sindacato «ultra vires» nell'asse Varsavia-Berlino-Bruxelles alla luce della recente sentenza del Tribunale costituzionale polacco*, in *DPCE online*, 2022, III, 1525 ss.

³⁹ TAR Puglia di Lecce, ord. cit., § IV.

Tema di importanza cruciale trattato dalla pronuncia è rappresentato dalla idoneità, o meno, della direttiva *Bolkestein* a produrre effetti parificabili a quelli di una norma auto-esecutiva. La natura della direttiva europea costituisce presupposto essenziale sia per l'Amministrazione che dovrebbe attuarla sia, al contempo, per lo stesso giudice amministrativo in sede ermeneutica a causa dell'intervenuta impugnazione, nella fattispecie da parte dell'AGCM⁴⁰. Dunque, se la direttiva viene ritenuta auto-esecutiva, essa dovrebbe esplicare effetti diretti anche in assenza di un atto normativo interno di recepimento, ove il legislatore nazionale non abbia rispettato il termine fissato per l'adeguamento.

Il quesito fondamentale che si è posto il TAR, a seguito dei principi enunciati dal Consiglio di Stato nelle sentenze gemelle, è il seguente: quando una direttiva può ritenersi *self-executing*? Affinché espliciti effetti diretti, in sintesi, una direttiva deve rispettare due requisiti: il primo è che essa sia caratterizzata da specifiche disposizioni, le quali non lascino residuare discrezionalità alcuna in capo allo Stato membro; il secondo requisito è dato dall'inutile decorso del termine di moratoria che è concesso al Paese membro per attuare la direttiva. Stante la rilevata illegittimità, da parte del giudice nazionale, delle proroghe concernenti le concessioni demaniali marittime previste e reiterate da parte del legislatore italiano, occorre chiarire sin da subito l'*iter* logico-decisionale con cui il Collegio ha ragionevolmente ritenuto non direttamente efficace la direttiva in materia di concessioni demaniali marittime, discostandosi dal solco interpretativo tracciato dall'Adunanza Plenaria⁴¹.

Sicché il TAR non ha condiviso gli assunti elaborati dal Consiglio di Stato circa la presunta auto-esecutività della direttiva europea principalmente per due ragioni che ha argomentato. In *primis*, il giudice amministrativo ha sottolineato la mancanza di pronunce all'interno della giurisprudenza euro-unitaria nelle quali si affermi inequivocabilmente la natura *self-executing* della direttiva *Bolkestein*, e, d'altra parte, risulta carente, in tale direzione, anche la giurisprudenza nazionale. In linea di massima, dunque, sia in un senso che in un altro, a cominciare dalla giurisprudenza, la natura della direttiva risulta essere tutt'altro che pacifica.

Peraltro, alcune pronunce dello stesso Consiglio di Stato – non considerate neanche dalla Adunanza Plenaria – tendono espressamente a negare l'efficacia diretta della normativa sovranazionale in materia concessoria⁴².

⁴⁰ Sulla controversa natura del sindacato del giudice amministrativo in materia di contenzioso tra autorità indipendenti, amministrazioni e privati, da ultimo, A. Moliterni, *Autorità indipendenti e controllo giurisdizionale: l'esperienza italiana in prospettiva comparata*, in *Liber Amicorum per Marco D'Alberti*, cit., 227.

⁴¹ Cons. Stato, Ad. Plen., cit., secondo cui la direttiva *Bolkestein* è da ritenersi auto-esecutiva «perché tale carattere è stato espressamente riconosciuto dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Promoimpresa* (C-174/06), oltre che da una copiosa giurisprudenza nazionale che ad essa ha fatto seguito». Un assunto che, come si vedrà in seguito, non pare essere stato adeguatamente motivato.

⁴² *Ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2012, sent. n. 6682, in cui lo stesso giudice amministrativo ha tenuto a precisare che «la richiesta dei provvedimenti impugnati [...] non può trovare accoglimento sia

L'ulteriore perplessità rilevata dal Collegio in merito alla decisione dell'Adunanza Plenaria che si è espressa sul tema delle concessioni demaniali marittime concerne l'assunto secondo il quale la natura auto-esecutiva della *Bolkestein* sia desumibile dal noto precedente costituito dalla sentenza *Promoimpresa* resa dalla Corte di giustizia. Il che non sembra emergere da alcun paragrafo della pronuncia della stessa corte sovranazionale.

Per questo motivo, il TAR ha contestato l'attribuzione degli effetti diretti, da parte del Consiglio di Stato, ai soli due primi paragrafi all'art. 12 della *Bolkestein*, mentre il terzo paragrafo si limiterebbe a prevedere un espresso e inequivocabile intervento – da ritenersi imprescindibile, così per come formulato – ad opera del legislatore nazionale per la produzione degli effetti della direttiva europea⁴³.

Questa deduzione è da ritenersi non convincente, poiché difficilmente potrebbe configurarsi una capacità auto-esecutiva 'parziale' della direttiva allorché al suo interno un paragrafo faccia riferimento alla necessità di un intervento armonizzatore da parte dello Stato membro. Non solo, ma a ciò deve aggiungersi che da una diversa e probabilmente più adeguata lettura di quanto deciso dalla Corte di giustizia nel caso *Promoimpresa e a.* non è dato riscontrare affermazioni atte a conferire espressamente l'efficacia diretta dell'art. 12 della direttiva. In quella sede, il giudice sovranazionale si è attenuto esclusivamente a giudicare circa la conformità o meno della disciplina nazionale concernente il regime di proroga delle concessioni demaniali marittime disposte dallo Stato italiano alla normativa euro-unitaria.

Infatti, come ribadisce il giudice di prime cure, nella detta pronuncia non trovano spazio ragioni a sostegno dell'auto-esecutività della direttiva europea⁴⁴ né, di conseguenza, dell'idoneità dell'art. 12 a esplicare effetti diretti, il che non dovrebbe neanche meravigliare, bastando soffermarsi su quanto enunciato dall'art. 1 della direttiva 123/2006⁴⁵ e sul titolo relativo alle disposizioni finali,

perché la procedura di infrazione è stata archiviata [...] ma soprattutto perché la direttiva 123/06/CE che integra i principi di diritto comunitario non è di diretta applicazione».

⁴³ Direttiva 2006/123/CE, art. 12, § III, richiede espressamente che 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 di interesse generale conformi al diritto comunitario».

⁴⁴ CGUE, *Promoimpresa e a.*, cit., in particolare § 49 ss.

⁴⁵ Direttiva 123/2006/CE, art. 1, in cui si può agevolmente costatare come la direttiva non possa ritenersi auto-esecutiva, fin dal principio, nella misura in cui è previsto che essa «stabilisce le disposizioni generali che permettono di agevolare l'esercizio della libertà di stabilimento dei prestatori nonché la libera circolazione dei servizi, assicurando nel contempo un elevato livello di qualità dei servizi stessi». È chiaro che manchi il requisito della chiarezza della norma nel momento in cui si fa riferimento a disposizioni di portata generale. Ancora, lo stesso articolo prescrive che la «presente direttiva lascia impregiudicata la libertà, per gli Stati membri, di definire, in conformità del diritto comunitario, quali essi ritengano essere servizi d'interesse economico generale, in

in particolare l'art. 44 rubricato «recepimento», il quale non lascerebbe residuare alcun ragionevole dubbio⁴⁶.

Probabilmente, il TAR non ha neanche ritenuto specificare oltremodo siffatte questioni che, tuttavia, devono ritenersi tutt'altro che indifferenti e in grado di corroborare le tesi sostenute dal Collegio stesso all'interno della propria ordinanza di remissione.

In questa sede, invero, si ritiene fondamentale svolgere una precisazione sul punto, in quanto la posizione assunta dal Consiglio di Stato, in sede di Adunanza Plenaria, risulta essere fondata esattamente sull'assunto secondo cui – pur paradossalmente affermando la necessità che il legislatore intervenga con urgenza a provvedere all'attuazione della direttiva – risulti sufficiente rimarcare sul concreto obiettivo indicato dal legislatore europeo per desumere la natura *self-executing* della direttiva. Salvo indicare di poi, secondo una non fondata e non legittima scelta discrezionale, anche quale fattore rilevante l'inerzia del legislatore che avrebbe contribuito a rafforzare questa convinzione.

In altri termini, la decisione adottata dall'Adunanza Plenaria pare essere la seguente: essa auspica che intervenga il legislatore il prima possibile per adempiere al recepimento della direttiva (che, di per sé, potrebbe anche costituire una contraddizione in termini se si sostiene l'efficacia diretta della stessa), ma nelle more dell'azione legislativa, l'AP ritiene di potersi sostituire al potere legislativo considerando non applicabile la proroga automatica *ex lege* e ritenendo, altresì, che quanto prescritto dall'art. 12 della direttiva n. 123/2006 sia sufficiente alle amministrazioni per bandire le gare strumentali al rilascio delle concessioni demaniali marittime *de quibus*⁴⁷.

A quanto pare, il Consiglio di Stato ha anzitutto inteso porsi quale esclusivo garante dell'uniformità dell'interpretazione del diritto europeo, prescindendo dal contesto storico-giuridico italiano in materia, e non considerando quanto prescritto all'interno della stessa disciplina europea, in particolare quanto indicato dall'art. 44 della *Bolkestein*.

Il giudice amministrativo del TAR di Lecce ha ritenuto la direttiva priva di efficacia diretta, anche nel solo contenuto negativo come per quanto sostenuto

che modo tali servizi debbano essere organizzati e finanziati, in conformità delle regole sugli aiuti concessi dagli Stati, e a quali obblighi specifici essi debbano essere soggetti».

⁴⁶ Dalla sola plausibile lettura dell'art. 44 della non sembra possibile trarre una interpretazione diversa da quella che conferma l'esclusione della natura *self-executing* della *Bolkestein*. Esso prescrive che gli Stati membri «mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alle disposizioni della presente direttiva [...] Quando gli Stati membri adottano tali disposizioni, queste contengono un riferimento alla presente direttiva o sono corredate di un siffatto riferimento all'atto della pubblicazione ufficiale. Le modalità di tale riferimento sono decise dagli Stati membri. Gli Stati membri comunicano alla Commissione il testo delle disposizioni essenziali di diritto nazionale adottate nella materia disciplinata dalla presente direttiva».

⁴⁷ Cons. Stato, Ad. Plen., sent. 17, cit., § 26.

circa l'interpretazione dell'art. 12, richiamando una risalente giurisprudenza della stessa CGUE che, in una controversia concernente la direttiva n. 75/442/CEE, ha avuto modo di fissare i canoni ermeneutici da osservare al fine di comprendere se si fosse in presenza, o meno, di una norma *self-executing*.

In particolare, in quella circostanza, la corte sovranazionale ha statuito che la direttiva non risultava né incondizionata né sufficientemente precisa, ma sopra tutto che essa, per esplicare i propri effetti in guisa diretta, non dovesse essere subordinata all'emanazione, da parte dello Stato membro, di alcun atto normativo che ne attuasse i contenuti. Ciò è noto fin dalle prime pronunce della Corte del Lussemburgo adottate in proposito⁴⁸. Per tale ragione, la direttiva euro-unitaria non può, secondo l'orientamento del Collegio, ritenersi auto-esecutiva né esplicare effetti diretti⁴⁹. Tale assunto ha, pertanto, condotto questo giudice amministrativo a concludere per la non idoneità della *Bolkestein* a esplicare effetti diretti a causa della menzionata assenza di una disciplina nazionale di riferimento che ne recepisce i contenuti, giustificando tale interpretazione anche sulla base della stessa giurisprudenza euro-unitaria.

La legge interna, infatti, richiede regole uniformi di gara, requisiti di partecipazione, criteri di aggiudicazione, criteri relativi alla determinazione degli indennizzi per gli attuali concessionari uscenti, criteri per fissare i canoni concessori, etc. Riferimenti, questi ultimi, soltanto previsti in linea generale dalla direttiva europea, il che dovrebbe condurre, inevitabilmente, a escluderne una capacità di produrre effetti diretti. Pertanto, non avendo i requisiti tipici di una direttiva *self-executing*, mancando altresì una precisa disciplina nazionale di recepimento della normativa europea, il TAR ha ragionevolmente ritenuto che nel caso di specie potesse trovare applicazione la sola disciplina nazionale vigente in materia di concessioni demaniali marittime, cioè quella concernente la proroga automatica. Tuttavia, con la pronuncia (sembrerebbe) definitiva C-348/2022, questa interpretazione non è stata accolta dal giudice euro-unitario, il quale ha viceversa sostenuto l'ido-

⁴⁸ *Ex multis*, CGUE, 3 aprile 1968, C-28/67, *Molkerei-Zentrale Westfalen v. Hauptzollamt Paderborn*.

⁴⁹ CGUE, 23 febbraio 1994, C-236/92, *Comitato di coordinamento per la difesa della cava et. al. c. Regione Lombardia*, § 8 ss., in cui si legge che «secondo una costante giurisprudenza [...] in tutti i casi in cui talune disposizioni di una direttiva appaiono, sotto il profilo sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise i singoli possono farle valere dinanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato, sia che questo non abbia recepito tempestivamente la direttiva nel diritto nazionale, sia che l'abbia recepita in modo inadeguato [...] una norma comunitaria è incondizionata se sancisce un obbligo non soggetto ad alcuna condizione né subordinato, per quanto riguarda la sua osservanza o i suoi effetti, all'emanazione di alcun atto da parte delle istituzioni della Comunità o degli Stati membri [...] peraltro una norma è sufficientemente precisa per poter essere invocata da un singolo ed applicata dal Giudice allorché sancisce un obbligo in termini non equivoci». Questa giurisprudenza della CGUE non sembra possa ritenersi riconducibile alla fattispecie fin qui esaminata a causa dell'imprecisione delle disposizioni contenute nella *Bolkestein* e per l'espresso e inequivocabile rinvio che questa fa all'ordinamento dello Stato membro, richiedendo, tra l'altro, che venga emanata un'apposita disciplina nazionale di attuazione.

neità della direttiva a esplicitare effetti diretti per quanto concerne il suo contenuto negativo, ovvero il divieto per uno Stato membro di prorogare automaticamente le concessioni senza previa procedura competitiva (§ 1 e § 2 dell'art. 12)⁵⁰. L'argomentazione della Corte richiama parte della precedente giurisprudenza, secondo cui ogniquale volta le disposizioni di una direttiva appaiano incondizionate e sufficientemente precise, i privati (e, si badi bene, non l'*authority*) possono farle valere dinanzi ai giudici nazionali nei confronti di uno Stato membro, sia quando questi abbia ommesso di trasporre la direttiva sovranazionale, sia quando la direttiva sia stata recepita in modo non conforme⁵¹. Il punto della questione rimane comunque un altro e, a quanto pare, soltanto parzialmente risolto: dando per assodata la possibilità per il privato di far valere direttamente il divieto di proroga contenuto nell'art. 12 della direttiva, che ne è, invece, del privato attuale concessionario e del suo legittimo affidamento? In altri termini, il vero problema che l'efficacia diretta, anche solo limitata al contenuto negativo, della direttiva pone è il pregiudizio ingiusto che arreca a un privato per, a sua volta, favorire un altro privato, pur in presenza di un inadempimento del legislatore nazionale, producendo effetti in *malam partem* e per di più in guisa orizzontale⁵².

Il giudice euro-unitario non pare esser stato del tutto chiaro sul punto⁵³, di talché la questione rimane ancora aperta, lasciando ora privi di tutela i legittimi concessionari pregiudicati dall'idoneità della direttiva a esplicitare effetti diretti. Infatti, non sembra sufficiente neanche ricondurre la fattispecie *de qua* a quanto ricostruito dalla stessa CGUE nel caso *Wells*⁵⁴, ovvero che si tratterebbe di mere ripercussioni negative nei confronti di terzi che però non impediscono al singolo amministrato di pretendere l'attuazione di disposizioni di una direttiva verso lo Stato membro inerte né, tantomeno, la disapplicazione della legge che dispone la proroga genera un obbligo pubblicistico aggiuntivo ai danni del concessionario uscente. Il che vale, seguendo l'indirizzo tracciato dalla Corte, sia se è il privato a invocare la diretta efficacia, sia se questa venga rilevata d'ufficio dall'Amministrazione dello Stato. Un problema cruciale si pone nel momento in cui si conside-

⁵⁰ CGUE, 20 aprile 2023, C-348/2022, cit., § 61 ss.; §74.

⁵¹ Ivi, § 62. Al § 69, in merito al divieto di cui all'art. 12 della direttiva, la Corte conferma che «ha effetto diretto in quanto vieta, in termini inequivocabili, agli Stati membri, senza che questi ultimi dispongano di un qualsivoglia margine di discrezionalità o possano subordinare tale divieto a una qualsivoglia condizione e senza che sia necessaria l'adozione di un atto dell'Unione o degli Stati membri, di prevedere proroghe automatiche e generalizzate di siffatte concessioni. Dalla giurisprudenza della Corte risulta peraltro che un rinnovo automatico di queste ultime è escluso dai termini stessi dell'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2006/123».

⁵² Non a torto, è stato sostenuto di recente come oramai sia il divieto di effetti diretti orizzontali delle direttive a costituire un'eccezione e non il contrario. Sul punto, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, si veda L. Cecchetti, *L'efficacia diretta delle direttive negli ordinamenti nazionali, oggi: questioni ancora aperte alla vigilia del 50° anniversario della sentenza Van Duyn*, in *Eurojus*, 2023, III, 161 ss.

⁵³ Ivi, § 80 ss., spec. § 83.

⁵⁴ CGUE, 7 gennaio 2004, C-201/02, *Wells*, § 56; § 57; §58.

ri che la perdita del bene della vita subita dal concessionario uscente configuri un obbligo pubblicistico aggiuntivo, il quale escluderebbe, di riflesso, la possibilità e il dovere in capo al giudice nazionale di procedere alla disapplicazione della normativa interna. Infatti, il concessionario uscente è titolare di un interesse legittimo oppositivo che verrebbe travolto dalla diretta efficacia della normativa sovranazionale in conseguenza dell'inadempimento statale. Come osservato però tale circostanza è stata negata dal giudice europeo, ma non pochi dubbi permangono a riguardo⁵⁵.

Inoltre, come è stato di recente evidenziato in dottrina, l'interesse all'avvio di una procedura aperta e competitiva, così come prevista dall'art. 12, deve essere azionata dal singolo amministrato, che vanta un interesse, e rivolta all'Amministrazione o al giudice (qualora la prima non provveda) al fine di far valere l'effetto diretto della norma⁵⁶. Sicché il dovere di disapplicazione della norma interna in favore di quella europea non sorgerebbe *ex ante*, ma solo e in seguito all'iniziativa intrapresa dal privato affinché vi sia una procedura di gara aperta⁵⁷. Il che rappresenta probabilmente l'aspetto più rilevante della *quaestio iuris*. Infatti, non sembrano residuare dubbi sul fatto che l'AGCM si sia sostituita all'effettivo (e unico) titolare del diritto nel far valere gli effetti diretti della *Bolkestein*, ovvero il soggetto privato che vanta un interesse tale da apparire come controinteressato rispetto al titolare della concessione. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato rientra nell'organigramma statale e in quanto autorità dello Stato non potrebbe invocare l'effetto diretto di una direttiva sovranazionale per far valere la disapplicazione della disciplina interna, *a fortiori* se essa si rifletta negativamente all'interno della sfera giuridica del privato e del suo legittimo affidamento. Questa è una prerogativa che spetta al solo amministrato controinteressato – e a lui solo – che si ritenga leso dalla mancata applicazione della direttiva UE⁵⁸. In sostanza, si tratta di uno scenario alquanto controverso, se non paradossale, nell'istante in cui lo Stato, attraverso l'Autorità, tragga beneficio dal suo stesso inadempimento e a

⁵⁵ L'annoso e ben più ampio problema dell'efficacia diretta orizzontale delle direttive costituisce senza ombra di dubbio uno dei fenomeni più controversi del diritto euro-unitario. In merito, per esigenze di sintesi, si rinvia, tra i numerosi autori, a R. Mastroianni, *Direttive non attuate, rimedi alternativi e principio di uguaglianza*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1998, I, 81 ss.

⁵⁶ Sul punto G. Parodi, *La proroga delle concessioni demaniali marittime tra disapplicazione e incidente di costituzionalità. Questioni aperte, opacità della giurisprudenza*, in *DPCE online*, 2023, II, 1620, osserva che «il riconoscimento di "effetti diretti" parrebbe, a prima lettura, prescindere dall'attitudine della direttiva ad attribuire ai privati posizioni soggettive idonee a ricevere tutela in giudizio, secondo lo schema consolidato a partire dalla sentenza *Ratti*». Il riferimento dell'autore è a CGUE, 5 aprile 1979, C-148/78, *Ratti*.

⁵⁷ Così G. Parodi, *La proroga delle concessioni demaniali*, cit., 1612.

⁵⁸ Sul punto, si veda la già citata pronuncia CGUE, 23 febbraio 1994, C-236/92, cit., § 8 ss.

discapito del soggetto concessionario⁵⁹. Non solo, ma vi è il rischio altresì che si consolidi un precedente pericoloso⁶⁰.

Ciò non toglie che la tutela del legittimo affidamento del titolare della concessione, ora ricondotta dalla CGUE alla categoria fattuale delle «mere ripercussioni negative», rimane priva di un'effettiva e piena tutela. Per questa ragione il legislatore nazionale dovrà tener conto, nell'elaborazione della nuova disciplina nazionale, anche di questo ineludibile aspetto.

3.2. *Segue. Il problema della potestà disapplicativa della legge ritenuta contrastante con il diritto dell'Unione. Un obbligo ambiguo ripartito tra giudici e funzionari?*

All'attenzione dei giudici si è posto un ulteriore quanto rilevante problema nel merito, rappresentato dalla discrezionalità riconosciuta in capo al singolo dirigente del comune di disapplicare la normativa interna in favore di quella sovranazionale. Questo aspetto costituisce, senza ombra di dubbio, uno dei problemi principali della questione, dal momento che, come confermato dallo stesso giudice amministrativo, la mancanza di un'apposita disciplina di recepimento e la conseguente applicazione diretta di una norma sovranazionale non suscettibile di produrre simili effetti hanno creato un inevitabile *vulnus* circa la certezza del diritto che dovrebbe caratterizzare l'ordinamento giuridico⁶¹.

Rimettere alla personale discrezionalità – se non all'arbitrio – del singolo funzionario dell'Amministrazione la valutazione sull'opportunità di disapplicare in senso assoluto la disciplina nazionale in favore di quella europea, con quali eventuali competenze giuridiche, con quali futuri rimedi esperibili non è dato sapere, ha prodotto una pluralità di decisioni in grado di caducare ogni tipo di aspirazione di unità e uniformità della disciplina. Non può pertanto destare stupore il fatto che tale anarchia – giuridica e amministrativa – abbia, di conseguenza, causato ingiustificate diseguaglianze e manifeste disparità di trattamento. È il caso di un dirigente di un singolo comune che disapplichì la legge di proroga automatica in favore della presupposta natura auto-esecutiva della *Bolkestein*, privando del provvedimento concessorio l'impresa aggiudicataria.

⁵⁹ Si tratta di un problema già da tempo sottoposto all'attenzione della dottrina. In merito, M. Clarich, *Le autorità indipendenti nello "spazio regolatorio": l'ascesa e il declino del modello*, in *Diritto pubblico*, 2004, III, 1049, rileva la necessità che «anche per le Autorità indipendenti occorre determinare con precisione la posizione che esse occupano nel cosiddetto "spazio regolatorio", con la rilevazione e la mappatura dei rapporti giuridici e di fatto intercorrenti con altri attori, ciascuno dei quali è portatore di propri interessi e titolare di competenze che si intrecciano, si sovrappongono e talora si scontrano con quelle altrui».

⁶⁰ Cfr. F. Liguori, *Efficacia diretta e primato europeo*, cit.

⁶¹ TAR Puglia di Lecce, ord. cit., § VI.

Infatti, quest'ultima rimarrebbe priva di una piena forma di tutela, non essendo da essa, almeno per il momento, invocabile una precisa disciplina nazionale di riferimento che preveda, ad esempio, un equo indennizzo per il destinatario della revoca. A differenza, viceversa, di altro dirigente di altro comune, che, invero, avrebbe ritenuto opportuno non applicare la normativa sovranazionale e continuare, di riflesso, ad applicare la normativa di proroga automatica così come indicato dal legislatore nazionale⁶². È questa la fattispecie che si è palesata al giudice amministrativo del TAR.

Una siffatta mancanza di ordine normativo – e la connessa assenza di uniformità di vedute anche in sede giurisprudenziale – ha portato il Collegio a ritenere che la discrezionalità anche solo interpretativa esercitata dal singolo funzionario comunale integrasse una manifesta violazione di legge, dal momento che al singolo dirigente non compete stabilire se la direttiva euro-unitaria abbia le caratteristiche, o meno, di una norma auto-esecutiva. Questa è, infatti, una prerogativa esclusiva del giudice nazionale. Il quale giudice è munito di appositi «strumenti di supporto interpretativo, quali l'incidente di costituzionalità innanzi alla Corte Costituzionale ovvero il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, strumenti dei quali non dispone ovviamente il dirigente comunale»⁶³.

In merito, sarebbe altresì doveroso tenere in debita considerazione la non ragionevole estensione, operata dal Consiglio di Stato nelle sentenze gemelle, dell'obbligo di disapplicazione, per giudici e funzionari statali, della normativa interna per tutte le concessioni demaniali marittime in essere, senza distinzione alcuna. Così facendo, l'Adunanza Plenaria ha immotivatamente ritenuto che «il demanio marittimo balneare sia eguale in tutta la costa italiana e che tutti i tratti costieri della penisola abbiano pari valore, pregio e contendibilità di mercato e quindi determinino tutti lo stesso effetto di contrasto della proroga generalizzata *ex lege* rispetto al diritto europeo»⁶⁴.

Dunque, tutte le proroghe sono da considerarsi *tamquam non essent*, secondo un *iter* logico non meglio definito e, ancora una volta, in sostituzione dell'organo politico cui dovrebbe ordinariamente essere rimessa la valutazione discre-

⁶² Come giustamente obiettato da M. Crisci, *Risorse scarse e interesse transfrontaliero*, cit., 263, 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». In proposito, l'autore riprende la teoria della disapplicazione enunciata da C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1991, 299, secondo cui questo schema giuridico 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».

⁶³ TAR Puglia di Lecce, ord. cit., § VI.

⁶⁴ Così, A. Police, A.M. Chiariello, *Le concessioni demaniali marittime: dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria al percorso di riforma*, cit.

zionale quanto anche alla sussistenza del requisito della scarsità della risorsa⁶⁵. Mentre al giudice amministrativo dovrebbe competere l'esclusivo, seppur rilevante, controllo sulla decisione adottata dall'Amministrazione e sulla conformità di essa al diritto interno e sovranazionale, ma solo quando la direttiva sarà adeguatamente recepita dal legislatore nazionale⁶⁶. Tuttavia, in nessun caso e in nessun modo l'organo giurisdizionale può svolgere il doppio compito consistente dapprima nell'adottare la decisione – al posto del legislatore – e, di poi, nel ritrovarsi a essere il controllore di una valutazione di opportunità che, nella realtà dei fatti, ha esso stesso effettuato. Ben potrebbe parlarsi di un concreto processo di sovvertimento della legalità e, nella fattispecie, di una perniciosa violazione del principio della separazione dei poteri.

Per tale ragione, come è stato acutamente osservato, è sempre l'esercizio della funzione amministrativa a opera dell'Amministrazione che consente il corrispondente «esercizio della funzione giurisdizionale. In assenza del primo, difetta l'oggetto dello *ius dicere*, atteso che non è consentito al giudice amministrativo esprimersi su “poteri amministrativi non ancora esercitati”»⁶⁷.

In sostanza, le obiezioni mosse dal TAR non sembrano essere del tutto immotivate e avulse dal contesto normativo e giurisprudenziale sia interno che europeo. Anzi, esso ha posto in dubbio le deduzioni contenute nelle pronunce della Plenaria e verso cui non aveva altro rimedio che l'elaborare alcuni quesiti pregiudiziali da rimettere, successivamente, alla Corte di giustizia. Del resto, considerate le gravi conseguenze che le sentenze del Consiglio di Stato potrebbero comportare, il giudice inferiore non avrebbe potuto fare altrimenti. Anche a questo riguardo si è espressa la Corte del Lussemburgo con la sentenza C-348/2022, con la quale per un verso essa ha smentito l'asserzione fissata dalla Plenaria, secondo cui gli obblighi contenuti all'interno della direttiva devono applicarsi avendo riguardo all'intero territorio costiero nazionale, senza possibilità di effettuare distinzione alcuna tra i diversi regimi concessori, per altro verso, invece, la Corte ha riconosciuto anche al singolo funzionario dell'Amministrazione la potestà disapplicativa (e obbligatoria) della normativa nazionale contrastante con quella euro-unitaria.

Quanto al primo aspetto, il giudice europeo non solo riconosce ancora un margine di discrezionalità al legislatore e alla p.A. in merito alla valutazione del

⁶⁵ Concordi sul punto *Ibidem*; M.A. Sandulli, *Introduzione al numero speciale sulle “concessioni balneari”*, cit., 349.

⁶⁶ Tuttavia, per dirla con A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, (in due volumi), I, Padova, 2000, 104, nella fattispecie, si tratta pur sempre di un controllo che non attribuirà al giudice amministrativo «quel plus di conoscenza in fatto, che si sostanzia nella disponibilità di formarsi e ricostruire una propria integrale versione delle circostanze, quando anche vi fossero prove discordanti, ma egualmente attendibili, da valutare discrezionalmente», non essendo in presenza di un sindacato di merito, ma di sola legittimità.

⁶⁷ M. Crisci, *Risorse scarse e interesse transfrontaliero*, cit., 253.

canone della scarsità della risorsa costiera, ma che suddetta valutazione possa essere effettuata attraverso sia un'indagine generale, tenendo conto dell'intero territorio nazionale, sia attraverso un'indagine fatta caso per caso, la quale tenga conto delle differenze che ben possono distinguere le concessioni le une dalle altre⁶⁸. Il secondo punto, invece, è esaminato nelle riflessioni che seguono.

3.3. *La legittimazione a disapplicare: riflessioni e obiezioni nell'ordinanza n. 743/2022 del TAR di Lecce e la risposta della CGUE*

Come noto, lo schema giuridico della disapplicazione rappresenta una condizione necessaria per assicurare la certezza del diritto euro-unitario⁶⁹. La controversia discussa dinanzi al TAR ha costretto i giudici a esaminare quale tipo di disapplicazione fosse proprio della fattispecie, ovvero se si trattasse di una disapplicazione assoluta o relativa della normativa ostativa.

A tal proposito, è d'uopo precisare che la disapplicazione presupponga la sussistenza della violazione di legge. In base agli effetti che suddetto strumento può comportare, si è soliti individuare due tipi di disapplicazione: una prima, di tipo assoluto, la quale configura la manifesta violazione della legge ed in quanto tale da considerarsi inammissibile sia per il singolo funzionario dell'Amministrazione sia per il giudice; una seconda, che si definisce relativa, ovvero la disapplicazione di una legge (nella fattispecie *de qua* della legge italiana) in favore di un'altra (quella sovranazionale).

Nel caso in esame il giudice amministrativo ha inteso escludere dal campo di operatività la disapplicazione di natura applicativa, ritenendola «inconcepibile ed inconsistente già sul piano terminologico»⁷⁰.

In merito, infatti, è necessario che il giudice dapprima verifichi se la normativa da attuare, in seguito alla disapplicazione, sia suscettibile di applicazione. Ovvero, se la normativa ritenuta prevalente, dunque quella euro-unitaria, sia in grado di risolvere il caso concreto. In sostanza, si tratta di un'ulteriore e distinta fattispecie giuridica: si tratta della «applicazione selettiva»⁷¹.

⁶⁸ CGUE, 20 aprile 2023, C-348/2022, cit., § 46; § 49, il giudice europeo precisa che «l'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2006/123 deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che la scarsità delle risorse naturali e delle concessioni disponibili sia valutata combinando un approccio generale e astratto, a livello nazionale, e un approccio caso per caso, basato su un'analisi del territorio costiero comune in questione».

⁶⁹ A partire da CGUE, 25 luglio 1964, C-6/64, *Costa c. Enel*; 9 marzo 1978, C-106/1977, *Simmmenthal*. Per la giurisprudenza di legittimità italiana, Corte Cost., 8 giugno 1984, sent. n. 170, *Granital*.

⁷⁰ TAR Puglia di Lecce, ord. cit., § VIII.

⁷¹ In altri termini, si tratta della disapplicazione «in senso relativo». A questo proposito, TAR Puglia di Lecce, ord. cit., § VIII, ha evidenziato come «il concetto di disapplicazione in senso relativo risulta perfettamente inutile ed anzi fuorviante, in quanto ciò che viene in rilievo è in definitiva l'applicazione della norma preva-

Una volta adottato il criterio dell'applicazione selettiva, giunge la fase di individuazione della norma da applicare al fatto concreto. Così, nell'ipotesi in cui non si ritenesse applicabile la disciplina interna, la quale dispone il regime di proroga automatica delle concessioni in essere, si dovrebbe procedere all'applicazione della normativa ritenuta prevalente. Pertanto, la disciplina da applicare, in astratto, dovrebbe essere quella propria della direttiva *Bolkestein*. Questa soluzione risulterebbe adeguata qualora si fosse in presenza di un atto euro-unitario capace di esplicitare effetti diretti all'interno degli ordinamenti degli Stati membri. Tuttavia, tale qualifica è propria dei soli regolamenti UE e delle sole direttive *self-executing*.

In merito, però, volendo condividere il ragionamento deduttivo fatto dal Collegio sul punto e non ritenendo la direttiva 123/2006 auto-esecutiva, il quadro giuridico si complica oltremodo. Questo poiché la direttiva *Bolkestein* non dovrebbe ritenersi *self-executing* per le ragioni più innanzi esposte. Ne consegue la conclusione secondo cui né il singolo dirigente dell'amministrazione né il giudice nazionale potrebbero, allo stato, applicarla.

Le ragioni sono anzitutto di natura logica. Come potrebbe disapplicarsi la normativa nazionale in favore di quella euro-unitaria se la stessa, in guisa chiara, ravvisa la necessità, in più parti del suo testo, che il legislatore nazionale adotti una disciplina precisa di recepimento? A questo proposito, la stessa disciplina europea, in attuazione del principio del primato del diritto euro-unitario, costituisce l'unico parametro di riferimento, in sostituzione della normativa nazionale, soltanto qualora si manifesti per mezzo dell'adozione o di un regolamento o di una direttiva auto-esecutiva, quale non può essere considerata, seguendo l'iter tracciato dal TAR, la direttiva n. 123/2006.

Da questa controversa interpretazione scaturiscono i dubbi mossi, in via pregiudiziale, dal TAR alla Corte di giustizia. Viceversa, alcun problema sarebbe sorto se la direttiva europea avesse rispettato i canoni propri degli atti aventi capacità auto-esecutiva⁷². Ciò non sembra emergere dalla fattispecie poiché, come già evidenziato, l'intenzione del legislatore sovranazionale, avveduto della difficoltà

lente, da individuarsi attraverso i noti e consolidati canoni ermeneutici deputati a dirimere il concorso di norme, tenuto conto della scala di gerarchia delle fonti del diritto». Sul punto, la giurisprudenza dello stesso TAR Puglia di Lecce, sezione I, 15 gennaio 2021, sent. n. 71. Il Collegio ha fatto richiamo anche a esperienze giuridiche straniere in materia, come quella francese in cui si fa riferimento all'identificazione della disapplicazione in senso assoluto con «l'invocabilità di esclusione» e, ancora, quella anglosassone nella quale si è soliti parlare di «effetto di esclusione».

⁷² Nella fattispecie, la risoluzione della controversia sarebbe stata sicuramente maggiormente agevole. Infatti, un atto euro-unitario direttamente efficace e in contrasto con la norma nazionale avrebbe fatto sorgere l'obbligo di applicazione selettiva (o invocabilità di sostituzione o, ancora, di effetto di sostituzione) sia in capo al giudice interno che alla stessa Amministrazione. In questa direzione, si rimanda alla stessa giurisprudenza euro-unitaria, CGUE, 22 giugno 1989, C-103/88, *Fratelli Costanzo*, con la quale decisione la Corte ha sancito l'obbligo, per tutti gli organi facenti parte dell'amministrazione, di applicare le norme auto-esecutive dell'Unione, disapplicando le norme nazionali a queste non conformi.

di adottare una disciplina con effetti diretti in materia di concessioni demaniali marittime, era quella di inquadrare 'generalmente' i requisiti da rispettare per gli Stati membri, in particolare quello della concorrenza, affidando, come espressamente ha fatto (es., art. 44 della direttiva 123/2006/CE), ai legislatori interni il compito di recepire i contenuti generali della direttiva e adottare una normativa d'attuazione nazionale. Ciò dovrebbe costituire un'ulteriore prova della natura non *self-executing* della *Bolkestein*.

Alla luce di quanto appena esposto, a eccezione della possibilità di rimettere in via pregiudiziale ex art. 267 TFUE o di sollevare la questione di legittimità costituzionale, il giudice italiano è tenuto ad applicare la legge nazionale (dunque, la normativa di proroga automatica delle concessioni) cercando comunque di attenersi nel farlo al principio della «interpretazione conforme»⁷³. Questo proprio al fine di osservare i principi espressi dalla direttiva sovranazionale.

Sul punto, si è altresì espressa anche la giurisprudenza europea, la quale ha stabilito i limiti a suddetta interpretazione, affermando che l'onere del giudice nazionale, consistente nel dovere di considerare il contenuto di una direttiva nell'interpretare e nell'applicare le norme del rispettivo diritto nazionale, rinvia il proprio limite nei principi generali del diritto stesso⁷⁴. Più dettagliatamente, la Corte intende appellarsi al principio di certezza del diritto – cui lo stesso giudice amministrativo del TAR ha fatto esplicito richiamo – e di non retroattività, non potendo, altresì, l'obbligo servire per giungere a un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale⁷⁵. Dai rilievi conclusivi svolti dal Collegio è possibile effettuare un'ulteriore considerazione.

Infatti, pur dovendo il giudice nazionale comunque esercitare un sindacato conforme al diritto dell'Unione, ancorché in presenza di una direttiva euro-unitaria ma non *self-executing*, egli non potrà mai applicare (così come disapplicare) le norme nazionali nel tentativo di garantire l'attuazione del contenuto della direttiva europea, piegandole a tal punto da renderle in contrasto con il rispettivo ordinamento nazionale.

In un tale scenario, il giudice interno dovrà comunque svolgere una imprescindibile «doppia interpretazione conforme»: una prima, che garantisca l'osservanza del contenuto della direttiva non auto-esecutiva; una seconda, invece, che impedisca allo stesso giudice nazionale di violare, nel tentativo di far valere quanto

⁷³ *Ex multis*, G. Pistorio, *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2012, 259 ss.; E. Lamarque, *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea secondo la Corte costituzionale italiana*, in *giurcost.it*, 2014, 1 ss. Sul sintagma «interpretazione conforme», si rimanda alle pagine di M. Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia italiana del diritto*, IX, 2016, 391 ss.

⁷⁴ CGUE, Grande Sezione, 15 aprile 2008, C-268/06.

⁷⁵ CGUE, 8 ottobre 1987, C-80/86; 16 giugno 2006, C-105/03.

contenuto nella normativa europea non immediatamente efficace, la legge nazionale. Siffatta considerazione si colloca nella dimensione giuridica or ora descritta ed è corroborata da un ulteriore aspetto che ora si cerca di porre in rilievo.

Nel merito, se è vero che uno degli scopi principali dell'Unione sia rappresentato dall'attuazione del principio della certezza del diritto, non può consentirsi, allo stesso tempo, la disapplicazione o la violazione della legge interna al fine di favorire una disposizione euro-unitaria che non sia idonea a disciplinare la fattispecie concreta e, come in questo caso, nell'ulteriore ipotesi in cui non sia financo possibile ricorrere all'interpretazione conforme. Ciò non dovrebbe considerarsi ammissibile poiché manca il riferimento normativo euro-unitario stesso se si esclude che la direttiva *Bolkestein* sia in grado di esplicare effetti diretti. Ancora, manca, in realtà, anche l'opportuna disciplina nazionale in materia, considerandosi non adeguata e in contrasto con la direttiva europea la legge nazionale che ha disposto il regime di proroga automatica delle concessioni demaniali marittime *de quibus*.

Per tale ragione, come denunciato dal Collegio del TAR, questo quadro determina «un *vulnus* nell'ordinamento giuridico e una soluzione di continuità nella tutela giurisdizionale»⁷⁶. In altri termini, non si vuole aprioristicamente considerare inapplicabile la disciplina europea, ma di certo appare imprescindibile un chiarimento che non è stato fornito anzitutto dal legislatore europeo e che non è stato pienamente motivato dalla CGUE. In particolare, come si vedrà, circa l'idoneità della direttiva n. 123/2006 a generare effetti diretti e la qualifica di armonizzazione o liberalizzazione della stessa. In secondo luogo, per quanto riguarda il quadro alquanto caotico italiano, da parte del Consiglio di Stato. In proposito, sembra emergere che il *vulnus* cui fa riferimento il Collegio non sia unico, ma sia, invero, doppio se si considera che risulti mancante, all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, un'apposita normativa di recepimento.

Tuttavia, ammesso e non concesso che tale lacuna vi sia, essa non può in nessun modo essere colmata permettendo l'applicazione della sola direttiva a discapito della legge nazionale che ha previsto la proroga automatica, soprattutto se quest'applicazione è disposta da un organo giurisdizionale, qualunque esso sia⁷⁷. A *fortiori* se tale presa di posizione è stata (im)motivata sostenendo come causa giustificatrice l'inerzia del legislatore⁷⁸. Nella fattispecie, sembra si sia andati ben oltre un comportamento tipico di quella «Amministrazione attiva», che risulta essere al confine con la decisione riservata alla sola discrezionalità politica

⁷⁶ TAR Puglia di Lecce, ord. cit., § VIII.

⁷⁷ Inequivocabile risulta essere la giurisprudenza euro-unitaria sul punto, partendo da CGUE, 13 dicembre 1989, C-322/88. Più recente, CGUE, 24 giugno 2019, C-579/15, *Poplawski*.

⁷⁸ Cons. Stato, Ad. Plen., sent. 17, cit., § 48.

e che sembra si sia voluta sottoporre a un sindacato giurisdizionale dal carattere piuttosto anomalo⁷⁹.

Per quest'ordine di ragioni, il Collegio, preso atto dell'impossibilità per la direttiva *Bolkestein* di produrre effetti diretti e costatata la contingente impossibilità di fare ricorso all'interpretazione conforme, ha ritenuto inammissibile la disapplicazione della disciplina interna italiana, avendola ritenuta la sola e possibile applicabile, da parte sia del giudice nazionale che del singolo funzionario dell'Amministrazione.

In compenso, però, il giudice potrà servirsi della questione di legittimità costituzionale rimettendo il problema al giudice delle leggi, unico e solo autorizzato a dichiarare l'effetto abrogativo o additivo di una norma di legge dello Stato. Da ciò consegue che il potere disapplicativo della normativa interna – e il relativo effetto escludente – deve essere considerato, in questo caso, solo facoltativo e non obbligatorio per il giudice nazionale. Infatti, se questo si ritenesse obbligatorio ne conseguirebbe una manifesta violazione di legge. Il che risulta essere in perfetta armonia con l'obiettivo di certezza del diritto perseguito e indicato dalla stessa Corte del Lussemburgo, che ha affermato tale principio quale limite anche all'interpretazione conforme al proprio diritto.

Se così non fosse, ci si ritroverebbe a un inevitabile stato di incertezza sul piano del diritto. Rimanendo in tema, se il giudice amministrativo avesse, nella fattispecie osservata, disapplicato la l. 145/2018 (che ha previsto il regime di proroga automatica, ora sostituita dalla nuova e diversa proroga disposta dal d.l. n. 198/2022), ciò avrebbe determinato un palese vuoto normativo, dato che la direttiva euro-unitaria non potrebbe, in nessun caso, colmare l'omissione del legislatore nazionale, al quale la stessa Unione europea ha conferito l'incarico di riempire con una disciplina interna i contenuti generali che egli stesso ha disposto

⁷⁹ In questa direzione, la presa di posizione assunta dall'Adunanza Plenaria induce a richiamare in causa una delle tematiche più dibattute dalla dottrina e dalla giurisprudenza amministrativa, si vuole fare riferimento alla «discrezionalità» e ai modi, a seconda delle circostanze, in cui essa si manifesta. A proposito della libertà d'azione degli amministratori, della maggior consapevolezza del proprio ruolo e delle responsabilità che ne comporta e del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo, G. Azzariti, *Dalla discrezionalità al potere. La prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, 1989, 358 ss., rileva che il «nostro attuale sistema di controllo dell'attività discrezionale, basato sul sindacato giurisdizionale degli atti amministrativi, incontra diverse difficoltà. Anzitutto in quanto controllo successivo, che dunque, anche ove sia resa possibile la completa conoscenza del fatto, non può giungere all'esatta percezione degli interessi (che spesso si manifestano in modo informale e non documentale) assunti a base della decisione. Di più: la scelta nel caso concreto deve essere lasciata all'amministrazione, che se ne assumerà la responsabilità, non risultando certo auspicabile una sostituzione nel momento decisionale con un organo la cui funzione è di controllo e non di amministrazione attiva. Un tale esito non può che produrre una grave forma di confusione tra ruoli istituzionali diversi tra loro». L'autore riprende le perplessità espresse, sul tema, da F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1983, I, p. 399 ss., e V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1984, II, 463 ss.

nella direttiva *Bolkestein*. Questa sembra essere, per il Collegio del TAR, la soluzione interpretativa maggiormente adeguata.

Dunque, nelle more dell'adozione di una disciplina che solo ed esclusivamente il legislatore italiano può (e dovrà) emanare, dovrebbe ritenersi, in materia di concessioni demaniali marittime, ancora oggi, operante la sola legge nazionale che dispone il regime delle proroghe. Senonché, pronunciandosi sul punto esaminato, la Corte di giustizia UE ha sostenuto, invece, quanto precedentemente statuito dal Consiglio di Stato, ovvero ha ritenuto conforme a diritto l'obbligo di disapplicazione della norma nazionale in contrasto con la direttiva euro-unitaria, allorquando ritenuta idonea a produrre effetti diretti, da parte anche del funzionario amministrativo dello Stato e non solo, dunque, del giudice⁸⁰.

Prima di passare al merito delle ulteriori questioni pregiudiziali che il TAR ha ritenuto necessario rimettere alla CGUE, vi è da sciogliere un'ulteriore problematica ermeneutica che questo giudice amministrativo ha sollevato, ritenendo non convincente la soluzione adottata dall'Adunanza Plenaria. Si tratta della qualifica della direttiva *Bolkestein* quale normativa di liberalizzazione e non, invece, di armonizzazione, che lo stesso giudice del Lussemburgo ha provveduto a negare, così smentendo in questa occasione quanto aveva affermato il Consiglio di Stato.

3.4. *Un ulteriore dubbio: la direttiva Bolkestein quale fonte di liberalizzazione o di armonizzazione?*

Orbene, tra le principali statuizioni del Consiglio di Stato all'interno delle sentenze gemelle assume una portata decisiva la statuizione relativa alla qualifica della direttiva n. 123/2006. Secondo le pronunce adottate dall'Adunanza Plenaria, infatti, la direttiva *de qua* è da intendersi quale direttiva di liberalizzazione, ovvero essa mirerebbe ad abbattere tutti quegli ostacoli che impediscono il pieno ed effettivo svolgimento della libera concorrenza nel settore delle concessioni a scopo turistico-ricreativo, e pertanto richiede agli Stati di adottare le misure necessarie affinché una tale cornice possa concretamente configurarsi.

A questo proposito, il TAR di Lecce ha espresso più di una riserva circa la qualifica di liberalizzazione attribuita dal Consiglio di Stato alla direttiva in esame. In particolare, la statuizione dell'Adunanza Plenaria sarebbe smentita sia da

⁸⁰ CGUE, 20 aprile 2023, C-348/2022, cit., § 78, la Corte ribadisce, in riferimento all'applicazione del §1 dell'art. 12 della direttiva, che quando «il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività è limitato per via della scarsità delle risorse naturali utilizzabili, ogni amministrazione è tenuta ad applicare, in forza di tale disposizione, una procedura di selezione tra i candidati potenziali e a garantire che tutte le condizioni previste da dette disposizione siano rispettate, disapplicando, se del caso, le norme di diritto nazionali non conformi».

una più attenta lettura del contenuto normativo della direttiva in esame, sia da una copiosa giurisprudenza della stessa Corte di giustizia dell'Unione che, da ultimo, dalla decisione sul rinvio pregiudiziale resa dallo stesso giudice europeo.

A tale scopo, utile risulta essere soffermarsi brevemente su quanto previsto dal settimo considerando della direttiva. Esso afferma che la direttiva istruisce una disciplina generale volta a rimuovere gli ostacoli presenti e ad avviare un processo di valorizzazione, consultazione e *armonizzazione* di determinate questioni che implicano la necessaria coordinazione tra gli ordinamenti nazionali⁸¹.

Dalla lettera del considerando della direttiva si evince chiaramente l'intenzione del legislatore europeo, motivata anche dalla complessità della materia e, nello specifico, dall'assenza di uniformità tra le differenti discipline degli Stati membri. Il considerando fa riferimento all'opportunità di istruire un quadro generale che, di conseguenza, induce a escludere la capacità della direttiva a esplicare effetti diretti all'interno degli ordinamenti nazionali. Una considerazione siffatta si deve trarre, altresì, nella parte in cui sempre la stessa norma prevede espressamente un processo di armonizzazione tra le diverse discipline in materia tra Paesi membri. Manca, pertanto, ogni tipo di riferimento che possa far ritenere la direttiva *Bolkestein* come di liberalizzazione e non di armonizzazione.

Questo assunto è inoltre supportato da alcune sentenze chiave – richiamate sia dall'Adunanza Plenaria che dal TAR Puglia di Lecce – della Corte di giustizia. Sul punto, il Collegio ha richiamato in primo luogo la stessa sentenza *Promoimpresa* della CGUE, nella quale il giudice sovranazionale ha sottolineato come «gli articoli da 9 a 13 di questa stessa direttiva provvedano ad una armonizzazione esaustiva concernente i servizi che rientrano nel loro campo di azione»⁸². Ciò comporta inevitabilmente che le norme contenute nella direttiva non siano di per sé idonee a produrre effetti diretti, ma che, viceversa, sia imprescindibile una precisa adozione da parte dello Stato membro di una determinata disciplina di recepimento.

In questa direzione, sempre la Corte di giustizia, riunita in Grande Sezione, ha sostenuto che «l'approccio scelto dal legislatore dell'Unione nella direttiva 2006/123 si basa, come enunciato dal suo considerando n. 7, su un quadro giuridico generale, formato da una combinazione di misure diverse destinate a garantire un grado elevato di integrazione giuridica nell'Unione per mezzo, in particolare, di una armonizzazione vertente su precisi aspetti della regolamentazione delle attività di servizio»⁸³.

Il richiamo all'integrazione giuridica effettuato dalla Corte implica un necessario recepimento della direttiva ad opera degli Stati e ciò emerge, altresì, sia dalla lettura e dall'interpretazione del contenuto della normativa europea sia dal-

⁸¹ Dir. 2006/123, cit., cons. 7.

⁸² CGUE, *Promoimpresa e a.*, cit., § 61.

⁸³ CGUE, Grande Sezione, 30 gennaio 2018, C-360/15 e C-31/16, § 106.

la sua stessa giurisprudenza, a cui sembra essersi pienamente conformata in precedenza anche l'Adunanza Plenaria. Tuttavia, nelle sentenze gemelle essa ha escluso una tale ipotesi, in merito alla quale il giudice del TAR remittente si è limitato a manifestare e a motivare le proprie riserve⁸⁴. Questo non ha impedito al giudice amministrativo di interrogarsi sui profili non tanto di merito circa, ad esempio, la qualifica della direttiva, quanto piuttosto circa la legittimità dell'*iter* procedimentale dell'approvazione, in sede euro-unitaria, della direttiva stessa. In proposito, il TAR ha rimesso, in via pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione, la decisione circa la legittimità stessa della direttiva *Bolkestein*, ritenendo sussistente la violazione dell'art. 115 TFUE, nella misura in cui la direttiva, una volta accertata la sua natura di armonizzazione, sia stata adottata solo a maggioranza dei voti e non all'unanimità, requisito procedimentale inderogabile⁸⁵.

Ne consegue che una siffatta interpretazione ponga più di qualche ragionevole dubbio circa la validità della direttiva che sarebbe incorsa – nella fase procedimentale di approvazione – in una palese violazione del procedimento. In particolare, il dubbio sollevato dal Collegio del TAR Puglia si rileva più che fondato una volta rilevata la funzione di armonizzazione della direttiva n. 123/2006.

La Corte si è soffermata su entrambi gli aspetti sollevati da questo giudice amministrativo, in particolare confermando da un lato la natura armonizzatrice della direttiva, disattendendo, a quanto sembra, la tesi sostenuta dal Consiglio di Stato secondo cui la *Bolkestein* sia una direttiva di liberalizzazione⁸⁶, dall'altro però essa ha ricostruito singolarmente le vicende che hanno riguardato l'*iter* procedimentale di approvazione della normativa, sostenendo che essa sia comunque valida nonostante la mancata approvazione con il requisito dell'unanimità dei voti richiesto dall'art. 94 del TCE, all'epoca in vigore. Nella fattispecie, la Corte asserisce, tra le varie argomentazioni rese sul punto, che l'approvazione all'unanimità dei voti avrebbe dovuto essere richiesta espressamente dagli Stati membri e che l'art. 94 del Trattato invocato dal giudice amministrativo italiano è norma generale rispetto all'art. 47 che è, invece, norma speciale in grado di derogare, dunque, a quella generale. Infatti, l'art. 47, argomenta il giudice del Lussemburgo, richiede una votazione a maggioranza qualificata ai fini dell'approvazione della direttiva, che si è effettivamente verificata⁸⁷. Inoltre, l'applicazione della norma speciale rinviene la propria ragione giustificatrice nell'impossibilità di effettuare

⁸⁴ TAR Puglia di Lecce, ord. cit., § V.

⁸⁵ La norma del Trattato dispone che «il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico sociale, stabilisce direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato interno».

⁸⁶ CGUE, 20 aprile 2023, C-348/2022, cit., § 36; §37.

⁸⁷ Ivi, § 57.

un cumulo tra diverse e inconciliabili basi giuridiche⁸⁸, sicché la Corte ritiene che il legislatore abbia operato conformemente alle procedure contenute nel Trattato. In merito, la ricostruzione svolta dalla Corte ben può ricondursi alla sua funzione integrativa, piuttosto che esclusivamente interpretativa e giurisdizionale, della volontà non del tutto chiara espressa dal legislatore europeo.

4. *Il rischio di un inevitabile contrasto tra (quasi) giudicati: la Corte di giustizia chiamata a intervenire*

Le chiare perplessità espresse dal TAR di Lecce nei confronti dei punti di diritto statuiti dal Consiglio di Stato circa il dovere di applicazione, da parte dei giudici e dei funzionari comunali, della direttiva europea in materia di concessioni demaniali marittime, ovvero l'obbligo inderogabile di procedere indistintamente, per tutto il territorio nazionale, a gare a evidenza pubblica, ha costretto lo stesso giudice amministrativo del tribunale a intraprendere una strada insolita. Essa è rappresentata dalla sospensione del proprio giudizio con il conseguente rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea di alcuni nodi interpretativi in buona parte già menzionati, decidendo di non conformarsi ai principi fissati dall'Adunanza Plenaria. Questo in ragione di un chiaro principio dell'ordinamento giuridico, ovvero l'impossibilità per un giudice inferiore di disattendere le statuizioni fissate dall'organo giurisdizionale titolare della funzione nomofilattica.

Il rinvio pregiudiziale sembra esser stato inteso quale vera e propria *condicio sine qua non* dal TAR, che ha tenuto in debita considerazione la cornice entro la quale questo rinvio è stato effettuato. Una cornice caratterizzata da un disordine normativo, giurisprudenziale e amministrativo che avrebbe potuto investire anche il legislatore e il giudice sovranazionale, trasformandosi in un disordine multilivello, qualora l'interprete europeo avesse accertato il rilievo pregiudiziale circa la validità della direttiva n. 123/2006. Tuttavia, è proprio per tale ragione che la Corte è stata interpellata dal Collegio: per aiutare a fare chiarezza in merito al quadro giuridico vigente.

⁸⁸ Ivi, § 52, il giudice sostiene che «la scelta del fondamento giuridico di un atto non può dipendere solo dal convincimento di un'istituzione circa lo scopo perseguito, ma deve basarsi su elementi oggettivi, suscettibili di sindacato giurisdizionale, quali lo scopo e il contenuto dell'atto. Se l'esame di un atto dell'Unione dimostra che esso persegue una duplice finalità o che ha una doppia componente e se una di queste è identificabile come principale o preponderante, mentre l'altra è solo accessoria, l'atto deve fondarsi su una sola base giuridica, ossia quella richiesta dalla finalità o componente principale o preponderante. In via eccezionale, ove sia provato che l'atto persegue contemporaneamente più obiettivi tra loro inscindibili, senza che uno di essi assuma importanza secondaria e indiretta rispetto all'altro, tale atto dovrà fondarsi sulle diverse basi giuridiche corrispondenti. Il cumulo di due basi giuridiche è però escluso quando le procedure previste dall'una e dall'altra base giuridica sono incompatibili».

Infatti, compito della Corte è fornire l'interpretazione autentica delle norme euro-unitarie e delle proprie pronunce, i cui effetti sono da ritenersi vincolanti *erga omnes*. Questa interpretazione è richiesta a causa del quadro di assoluta incertezza che contraddistingue l'ordinamento italiano, in particolare per due ragioni: per la controversa e non uniforme interpretazione e applicazione della direttiva europea n. 123/2006 e per il sopraggiungere delle sentenze gemelle adottate dall'Adunanza Plenaria.

Il susseguirsi di queste circostanze ha generato una totale mancanza di uniformità. Emblematiche, in questa direzione, sono le singole esperienze comunali. Si pensi al caso del comune di Ginosa Marina, la cui Amministrazione ha ritenuto opportuno applicare la legge nazionale di proroga automatica, ritenendo mancante un'apposita normativa nazionale di recepimento da parte del legislatore italiano o come nel caso di altri comuni che, viceversa, hanno intrapreso una decisione completamente opposta, rappresentata dalla disapplicazione della normativa interna in favore di quella sovranazionale.

È altrettanto controverso, ad esempio, il caso del Comune di Roma, il quale, a proposito di concessioni demaniali, ha indetto gare a evidenza pubblica ricorrendo non alle regole di procedura di gara del Codice della Navigazione, bensì a quelle previste dalla oramai previgente normativa appalti (d.lgs. 50/2016). Il che risulta essere – come ravvisato dal Collegio del tribunale amministrativo pugliese – del tutto fuorviante, poiché l'ordinaria procedura di gara prevista dalla disciplina appalti non è idonea a adempiere alle prescrizioni della direttiva *Bolkestein*. Infatti, quest'ultima disciplina non garantisce, al pari delle regole procedurali contenute all'interno del Codice della Navigazione, «una adeguata forma di pubblicità dell'avviso pubblico e che riserva la valutazione comparativa solo in caso di compresenza di più domande»⁸⁹.

Per questo ordine di motivi, il Collegio ha deciso di richiamare l'attenzione della Corte di giustizia, rimettendole in via pregiudiziale alcune questioni: in primo luogo, quella concernente la validità e vincolatività della direttiva n. 123/2006 per gli Stati membri, stante il sollevato, e poc'anzi osservato, dubbio di legittimità per violazione dell'art. 115 TFUE (*ex* art. 94 TCE), in quanto – considerata direttiva di armonizzazione – approvata solo con il requisito della maggioranza qualificata e non con quello previsto dell'unanimità. Si tratta certamente di una delle questioni dirimenti del caso, che tuttavia la Corte ha risolto sostenendo la legittimità e la validità della direttiva in base a una singolare interpretazione, optando per il criterio della specialità ricavato dall'applicazione dell'art. 47 TCE e non dell'art. 94 del medesimo Trattato. Una ricostruzione che tanto ricorda quegli «avvitamenti della giurisprudenza» di nigriana memoria, non del

⁸⁹ TAR Puglia di Lecce, ord. cit., § IX.

tutto convincente dato che se si fosse ritenuto l'art. 94 la norma da applicare al caso concreto ci si sarebbe trovati dinanzi a una direttiva illegittima da espungere dall'ordinamento. A questo proposito, l'intervento giurisdizionale del giudice europeo è risultato decisivo ai fini della legittimità della direttiva servizi e rappresenta, come già ribadito, un ruolo chiave della Corte che utilizza lo strumento giurisdizionale per colmare, apparentemente, anche le lacune del legislatore.

Tuttavia, era alquanto improbabile che la CGUE si pronunciasse contro la validità della direttiva, soprattutto a distanza di così tanto tempo, tenendo conto anche dell'importanza che questa indiscutibilmente riveste. Essa concerne principi fondanti e ispiratori del processo di costruzione e integrazione europea, in particolare il principio di libera concorrenza⁹⁰.

In secondo luogo, il Collegio ha rimesso in via pregiudiziale anche l'esatta definizione della *Bolkestein*, ovvero se quest'ultima sia caratterizzata dai requisiti di sufficiente dettaglio della normativa e dalla relativa mancanza di spazi di discrezionalità per il legislatore nazionale, i quali siano tali da far ritenere la direttiva stessa *self-executing* e immediatamente operante all'interno degli ordinamenti nazionali. In merito, il TAR sembra aver riservato un'attenzione maggiore sul punto rispetto a quella riservata dall'Adunanza Plenaria⁹¹. Ma come osservato, anche tale dubbio è stato risolto dalla Corte in favore delle deduzioni svolte dal Consiglio di Stato⁹².

Il terzo quesito rimesso dal giudice amministrativo alla CGUE riguardava il caso in cui, una volta accertata la non idoneità della direttiva a produrre effetti diretti, il giudice interno dovesse comunque disporre od ordinare la disapplicazione della normativa nazionale ostativa (avendo anche constatato egli l'impos-

⁹⁰ Sull'indisponibilità delle istituzioni euro-unitarie a rivedere l'ambito di operatività del canone della libera concorrenza, si consideri F. Gaspari, *Coronavirus, assistenza finanziaria dell'Unione europea e «sentieri interrotti della legalità» costituzionale. Per un ritorno alla Costituzione e alla sovranità nazionale*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, III, 65; A. Somma, *L'Unione europea non è un progetto incompleto e neppure riformabile: è un dispositivo neoliberale di successo*, ne *Il Mulino*, 2023, I, 162 ss. Sul punto sia consentito richiamare anche F. Tomasicchio, *Le manifestazioni dello Stato interventore nel paradigma neoliberale. Il caso delle nazionalizzazioni dell'energia in Europa*, in *Politica del diritto*, 2023, II, 213 ss. All'affermazione del dogma pro-concorrenziale è corrisposto, inevitabilmente, un sensibile riposizionamento dello Stato ordinamento giuridico, visto come un ostacolo da rimuovere per consentire agli operatori del mercato di imporsi nell'arena economica. Sul tema R. Perez, *Il controllo della finanza pubblica*, in Aa.Vv., *La nuova costituzione economica*, (a cura di) S. Cassese, VI ed., Roma-Bari, 2021, 388, rileva come oramai «gli obiettivi di finanza pubblica sono fissati in sede europea e si perseguono in “coerenza con le procedure e i criteri stabiliti dall'Unione europea” (art. 1, legge n. 39/2011) [...] La necessaria “tutela” della finanza pubblica per affrontare la crisi dei debiti sovrani ha comportato anche una consistente riduzione della sovranità degli Stati in merito alle scelte finanziarie. Queste limitazioni erano già iniziate nel 1992, con il divieto di disavanzi pubblici eccessivi, ma con la nuova *governance* europea sono divenute fattori di tale rilevanza da aver scardinato, come si è visto, l'intera procedura seguita per l'assunzione della decisione finanziaria, influenzando anche sulle scelte di politica economica da accogliere nel bilancio».

⁹¹ Sull'insufficienza della motivazione adottata dall'Adunanza Plenaria in merito alla natura (o meno) *self-executing* della direttiva n. 123/2006/CE, si rimanda a R. Mastroianni, *L'Adunanza Plenaria*, cit., 110.

⁹² CGUE, 20 aprile 2023, C-348/2022, *ex multis* §61 e §74.

sibilità di ricorrere all'interpretazione conforme) e, ancora, se questa operazione risultasse legittimamente conforme ai principi di certezza del diritto e di completezza dell'ordinamento giuridico. Un problema che non si è posto data l'affermazione positiva del giudice europeo sul punto.

A riguardo, pare comunque potersi affermare che una direttiva non auto-esecutiva di certo non può operare in sostituzione di una legge nazionale che, secondo lo stesso giudice europeo appaia non adeguata o, addirittura, illegittima. Infatti, il rimedio di cui dispone l'ordinamento dell'Unione è l'apertura di una procedura di infrazione nei confronti dello Stato membro considerato inadempiente. Suddetta ipotetica soluzione si configura perché lo Stato aveva il dovere di adottare una normativa interna che si adeguasse ai canoni fissati dalla direttiva. Il che conduce necessariamente a escludere la possibilità che possa direttamente esplicare effetti diretti una direttiva non *self-executing*. A rigor di logica ne consegue che la legge nazionale di proroga, ancorché ritenuta inadeguata e non rispettosa dei principi e criteri fissati dalla direttiva, non può (e non avrebbe potuto) essere disapplicata, pena un vuoto normativo non colmabile da nessun organo giurisdizionale.

Vuoto, infatti, che può essere colmato solo dal legislatore nazionale o, in linea di massima, in futuro, da un atto euro-unitario capace di produrre effetti diretti e trovare immediata applicazione anche nell'ordinamento dei Paesi membri. E ciò a sua volta può verificarsi mediante l'adozione di un regolamento, oppure mediante una direttiva che possa ritenersi *self-executing* per la chiarezza, la tassatività e l'assenza di discrezionalità per i legislatori nazionali, quale non pareva essere la direttiva *Bolkestein* e che la Corte, invece, ne ha riconosciuto la capacità a generare effetti diretti nella misura in cui essa prescrive un divieto di proroga delle concessioni generalizzato. A questo proposito, il TAR ha chiesto, inoltre, alla Corte del Lussemburgo se la disapplicazione della norma nazionale – che osta all'applicazione di quella europea – dovesse considerarsi di esclusiva competenza del giudice nazionale o se, invece, tale facoltà potesse essere riconosciuta anche in capo al singolo funzionario o dirigente comunale. Al pari della pronuncia dell'Adunanza Plenaria già intervenuta in senso favorevole in merito⁹³, il giudice del Lussemburgo ha pienamente confermato suddetto indirizzo.

Ancora, il rinvio pregiudiziale del TAR ha riguardato anche l'anomalia in cui versa l'ordinamento amministrativo italiano, nel quale il legislatore ha delegato dapprima alle Regioni, di poi (mediante una sub-delega) ai Comuni le competenze in materia di concessioni demaniali marittime. Ciò ha sicuramente contribuito ad accrescere il disordine amministrativo presente nello scenario italiano in materia concessoria. In particolare, se risulti coerente con gli obiettivi sanciti all'interno dell'art. 49 TFUE e dalla direttiva europea una definitiva pronuncia

⁹³ Cons. Stato, Adun. Plen., sent. 17, cit., § 33 ss.

da parte del giudice nazionale in merito alla sussistenza, o meno, sia del requisito transfrontaliero certo, riferito all'intero territorio nazionale, che del requisito della limitatezza delle risorse naturali.

Questo dilemma scaturisce dal più che legittimo dubbio relativo all'opportunità di riservare la valutazione sia del requisito transfrontaliero che della scarsità delle risorse naturali alla sola discrezionalità dell'Amministrazione piuttosto che al giudice nazionale. Il Collegio, del resto, si è posto un simile dubbio a causa della singolarità del sistema nazionale, nonché della competenza di fatto che, in Italia, i singoli comuni hanno acquisito. È chiaro che il giudice amministrativo si è interrogato sulla legittimità o meno di sindacare la configurabilità tanto del requisito transfrontaliero quanto della scarsità di risorse naturali del territorio costiero, ritenendo a ragione che un tale sindacato sarebbe inevitabilmente risultato lesivo della discrezionalità e del libero apprezzamento di cui titolare esclusiva è l'Amministrazione e, di conseguenza, i suoi funzionari, in una fase che è di predeterminazione della decisione amministrativa⁹⁴. Un problema che sino a ora, però, la giurisprudenza del giudice europeo ha risolto attribuendo questo ufficio al giudice interno e non, invece, ai funzionari dell'Amministrazione.

In conclusione, il Collegio ha tentato di prospettare un quadro del caso alternativo, consistente in una letterale e doppia inversione delle competenze rispetto a quanto deciso sia dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato che dalla giurisprudenza europea.

Nel merito delle questioni, infatti, per un verso, il TAR ha ritenuto che si dovesse impedire al singolo funzionario comunale di disapplicare la normativa interna ritenuta in contrasto con quella europea, costituendo questa esclusiva prerogativa del giudice nazionale, il quale ha a disposizione competenze e strumenti più adeguati di tutela, come l'incidente di costituzionalità o il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia⁹⁵. Questa soluzione non ha però trovato concorde il Consiglio di Stato né tantomeno la Corte di giustizia, i quali hanno entrambi ritenuto, in due momenti chiaramente differenti, la direttiva *Bolkestein* dotata di effetti diretti, riconoscendo anche in capo al singolo dirigente comunale il potere/dovere di disapplicare la normativa nazionale ostativa.

⁹⁴ Sulla necessità che l'Amministrazione provveda a predeterminare i propri criteri di selezione, A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, spec. 21 ss., evidenzia come è «nella procedimentalizzazione dell'attività amministrativa l'indicatore primo del mutamento strutturale dell'attività dei pubblici poteri, da attività unilaterale e meramente autoritativa ad attività plurilaterale, in quanto attenta alle situazioni soggettive degli interessati. La trasformazione dell'Amministrazione, pertanto, trova il suo punto di forza nell'introduzione di forme procedimentali che permettono l'intervento diretto degli interessi degli amministrati nel processo di concretizzazione dell'interesse pubblico (...) Il procedimento, infatti, non è soltanto una soluzione giuridica, ma eminentemente "politica", di coordinamento degli interessi coinvolti. È la rottura di un sistema amministrativo di tipo burocratico ed esclusivamente burocratico, il dissolvimento del rapporto sovrano-suddito, Autorità-sottoposto».

⁹⁵ Sul punto, G. Parodi, *La proroga delle concessioni demaniali marittime*, cit., 1613.

Sull'altro versante, invece, il Collegio non ha condiviso lo stesso potere riconosciuto dalla Corte di giustizia al singolo giudice nazionale di pronunciarsi circa la sussistenza del requisito transfrontaliero e della scarsità delle risorse naturali presenti nel territorio costiero di riferimento, ritenendo, non a torto, che l'Amministrazione, mediante l'attività e l'apprezzamento discrezionale⁹⁶ dei suoi funzionari, sia la sola titolare chiamata a decidere sulla questione⁹⁷.

5. *Amministrazione, giudici, mercati, conflitti e l'alba di una 'nuova' legalità. L'impellente necessità di un mercato amministrato e non più solo regolato*

Quanto cercato di esporre in precedenza non consente di elaborare delle considerazioni e dei giudizi definitivi, soprattutto a causa dell'incertezza normativa e, in parte, giurisprudenziale in relazione alle complicate controversie generate dal caso *Bolkestein*.

Tuttavia, ciò non esclude la possibilità di esprimere una considerazione circa le conseguenze imprevedibili e il disordine che l'efficacia diretta della direttiva n. 123/2006 euro-unitaria in Italia ha provocato. Pare arduo negare che i problemi principali che scaturiscono da questa controversia non derivino dall'interpretazione (in particolare, dell'art. 12) e dalla natura (di armonizzazione o di liberalizzazione) della direttiva. Gli altri dubbi ermeneutici, infatti, sembrano essere dei corollari – certamente decisivi – di questi due aspetti. Ad esempio, la scarsità, o meno, della risorsa costiera; la competenza a disapplicare del giudice o del singolo funzionario dell'Amministrazione (o di entrambi) sono problemi che hanno assunto una rilevanza centrale nel momento in cui l'Adunanza Plenaria si è espressa sulla *quaestio facti* fissando alcuni punti di diritto, a tratti travalicando il proprio potere giurisdizionale, invadendo *de facto* sia la sfera del potere legislativo che in parte, probabilmente, anche del giudice europeo. A questo punto, è il carattere eminentemente politico a contraddistinguere l'atteggiamento e le decisioni del Consiglio di Stato, il quale organo sembra protendere verso una nuova interpretazione dei principi di legalità e di separazione dei poteri.

⁹⁶ M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 319, evidenzia che il problema si configura «per ciò che – se si deve ritenere consentito al giudice di accertare la *materiale esistenza* del fatto (vero e proprio giudizio di fatto), che è il presupposto dell'emanazione dell'atto, perché l'emanazione dell'atto in difetto di quel presupposto concreta, a seconda dei casi, un vizio di eccesso di potere per travisamento dei fatti o di violazione di legge – deve ritenersi, al contrario, a lui vietato di compiere tutti quegli accertamenti che comportino anche un giudizio sul valore del fatto ai fini della scelta discrezionale dell'amministrazione».

⁹⁷ TAR Puglia di Lecce, ord. cit., § finale.

Questa novità, però, non pare sia in grado di recare vantaggi degni di nota. Il quadro in cui opera, o meglio, si pretende di far operare la *Bolkestein*, si appresta a divenire sempre più complicato, sia sul piano interno che sul piano esterno. Quanto al primo, le tensioni istituzionali non sembrano placarsi dopo il tentativo di rendere il contesto maggiormente uniforme in conseguenza dell'adozione delle sentenze gemelle a opera dell'Adunanza Plenaria. Tutt'altro. Esse hanno accresciuto il clima di incertezza e dato adito a una molteplicità di ricorsi (senza voler far previsioni sui futuri e incerti esiti) su diversi livelli, a cominciare dalla promozione del conflitto di poteri su iniziativa parlamentare verso le decisioni *de quibus* del Consiglio di Stato⁹⁸; di lamentare, tramite ricorso di alcuni operatori, l'eccesso di potere giurisdizionale dinanzi alla Corte di Cassazione e, come se non bastasse, financo il tentativo da parte del giudice amministrativo (inferiore) del TAR di Lecce, in altro giudizio, di disattendere la non condivisa portata nomofilattica delle pronunce dell'Adunanza Plenaria, chiamando in causa la Corte del Lussemburgo tramite lo strumento del rinvio pregiudiziale. Si tratta di scontri giurisdizionali che in realtà celano, al loro interno, una carica politica di rilevantissime e ineludibili dimensioni.

Sul versante esterno, invece, i dubbi e le problematiche non risultano essere meno rilevanti, sia per ciò che attiene al piano politico che a quello socioeconomico. Infatti, la prudenza e lo scetticismo del legislatore italiano circa i futuri esiti derivanti dall'applicazione della direttiva *Bolkestein* in materia di concessioni demaniali marittime non sembrano essere isolati nel panorama europeo. Anzi, vi sono Paesi membri dell'UE che non hanno esitato a procrastinare o a non considerare minimamente l'applicazione della direttiva euro-unitaria in materia concessoria. Si pensi a Stati come Portogallo, Grecia o Spagna. In particolare, è d'uopo segnalare come il Governo spagnolo abbia deciso di prorogare per ulteriori settantacinque anni la durata delle concessioni marittime in essere, il che ha comportato la recente apertura, da parte della Commissione europea, di una procedura di infrazione per violazione della direttiva servizi e del principio della libera concorrenza⁹⁹. È chiaro come, probabilmente, risulti essere sproporzionata la proroga posta in essere dall'esecutivo spagnolo, ma questa altro non è che una reazione difensiva nei confronti di quello che potrebbe rivelarsi un punto di non ritorno sul piano turistico, economico e sociale per alcuni Stati e per i loro opera-

⁹⁸ È quanto si è cercato di fare, durante la presidenza Draghi, mediante una proposta da parte di sette deputati, primo proponente l'On. Zucconi, sollevando conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato. Ricorso prontamente dichiarato inammissibile dalla Corte Cost., 25 maggio 2022, ord. n. 154, pubblicata in G.U., 1° Serie speciale, n. 25 del 17 giugno 2022.

⁹⁹ Commissione UE, INFR(2022) n. 4121, resa nota tramite comunicato stampa del 15 febbraio 2023, "Libera circolazione dei servizi: la Commissione interviene per assicurare il buon funzionamento del mercato unico dei servizi".

tori interni. I quali rischierebbero di essere inesorabilmente fagocitati dalla definitiva approvazione di una legislazione che contempra una procedura concorrenziale fatalmente destinata, anche oltre la *voluntas legis*, a creare una situazione di squilibrio in favore di operatori più forti.

Si tratta di un timore che ha delle basi ben solide e che non può ancorarsi esclusivamente a un'eventuale perdita di ingenti profitti dovuti, ad esempio, anche all'irrisorietà di buona parte dei canoni concessori al momento vigenti. Esso è piuttosto da ricollegare alle insidie che l'avvento del meccanismo concorrenziale porta con sé in un settore, come quello della balneazione italiana, che ha una storia lunghissima, incentrata sulla tipicità dei luoghi, delle tradizioni e sulla conduzione dei servizi e delle attività stesse, di solito a gestione familiare o tramite piccole imprese. Le quali non saranno in grado di competere – ad armi pari – nel mercato unico e libero con i colossi che intendono affermarsi anche nel settore turistico costiero nazionale.

A dimostrazione di come non si tratti di una mera congettura, risulta utile fare riferimento a quanto avvenuto per le concessioni marittime nel Golfo di Trieste, in cui le Amministrazioni hanno bandito gare a evidenza pubblica al fine di assegnare le concessioni del demanio costiero. Ebbene, il timore anzidetto si è pienamente concretizzato nel momento in cui una nota multinazionale austriaca si è aggiudicata circa 125 mila metri quadrati di costa, avendo presentato la miglior offerta. È uno dei drammatici esiti dell'imperialismo del mercato e del suo gioco concorrenziale. Si provi a immaginare che cosa sarebbe, un domani, il demanio costiero italiano e i servizi a esso collegati se ogni Amministrazione dovesse procedere a gare a evidenza pubblica allo scopo di conformarsi alle prescrizioni di Bruxelles¹⁰⁰.

In sostanza, si intende evidenziare come non sia esclusivamente posta a rischio un'intera fascia di attività produttiva del settore economico nazionale, ma che sia altresì a rischio la stessa applicazione effettiva della libera concorrenza, stante l'elevata difficoltà di elaborare delle regole che possano consentire l'apertura a tutti gli operatori, prescindendo dalle rispettive dimensioni e capacità economiche e, al contempo, di impedire anche ai concessionari uscenti di non vedersi, improvvisamente, privati dei loro diritti, compromettendo così anche i loro investimenti. Il tutto in (non) ragione di una logica che pretende l'onnipresenza del principio della libera concorrenza nel mercato, ove il pubblico potere è chiamato esclusivamente a elaborare le regole necessarie per il corretto funzionamento del mercato stesso. Pubblico potere da intendersi, nella fattispecie specifica, in senso lato. Infatti, il meccanismo concorrenziale verticalmente emanato deve essere attuato,

¹⁰⁰ Cfr. M. Clarich, *Concessioni balneari, il tempo stringe. E l'intervento decisivo potrebbe arrivare da Bruxelles*, in *Milanofinanza.it* del 25 settembre 2023.

protetto e garantito non solo dal legislatore nazionale, ma anche dagli altri apparati – di altre sfere di potere – che possono concorrere alla sua piena affermazione.

Così, anche i giudici sono chiamati in causa, in particolare a questi compete sindacare e, quando opportuno, censurare le eventuali violazioni verso il rispetto e la mancata osservanza delle norme sulla libera concorrenza, con tutti gli strumenti a disposizione¹⁰¹. Da ultimo, a quanto pare, al fine di tutelare *ad libitum* l'applicazione delle regole del mercato libero, essi sono chiamati anche a sostituirsi al legislatore qualora questi rimanga inerte nell'adottare la disciplina necessaria o mostri una certa qualche titubanza¹⁰². È questo lo scenario che pare si stia delineando in merito all'attuazione, in Italia, della direttiva servizi.

Tuttavia, il ruolo più importante, anche per ciò che attiene all'applicazione e all'osservanza delle regole sulla libera concorrenza, è, ancora oggi, ricoperto dall'ordinamento giuridico dello Stato. Non per la sua diretta partecipazione all'interno o fuori dal mercato, bensì per consentire al mercato di affermarsi. E per far sì che un tale scenario si realizzi, lo Stato non deve interferire con il gioco della libera concorrenza, ma non deve neanche dissolversi¹⁰³: è questo il nucleo fondante delle tesi della teoria dell'economia sociale di mercato posta alla base dell'unità e del processo di integrazione europea¹⁰⁴. In altri termini, lo Stato si ripositiona, rinvenendo il suo nuovo «epicentro nella politica della concorrenza secondo i dettami dell'ordoliberalismo [...]»¹⁰⁵.

¹⁰¹ Come osservato da F.G. Scoca, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Diritto amministrativo*, 2008, II, 278, il controllo giudiziario «è necessario proprio perché funzionale ad impedire che l'Autorità sviluppi una sua politica della concorrenza, travalicando la sua funzione di controllo neutrale, e proponendo un proprio modello "politico", o se si vuole, di indirizzo della concorrenza [...]».

¹⁰² Ancora attuali risultano essere le parole di M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 11, il quale rilevava che «l'opera creativa della giurisprudenza nella fissazione dei lineamenti della giustizia amministrativa vada attribuita non tanto e non solo alla insufficienza del diritto scritto quanto proprio alla storicità e problematicità di tale giustizia. Laddove un settore della vita giuridica è dominato dalla incertezza e dalla instabilità che sono proprie di simili situazioni, il ruolo della giurisprudenza è, per forza di cose, del tutto predominante». Sul creazionismo giudiziale, P.L. Portaluri, *La cambiale Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021, spec. 135 ss.

¹⁰³ Infatti, la presenza dello Stato è ritenuta imprescindibile per un efficace funzionamento del mercato, una volta constatato il fallimento di una sua non possibile autoregolamentazione. Sul punto, A. Somma, *L'Unione europea*, cit., 165 ss., descrive questo processo come prodotto dell'ortodossia neoliberale. Secondo tale indirizzo «la politica economica non è capace di incidere direttamente sui livelli occupazionali, motivo per cui deve essere indirizzata al sostegno dell'offerta e non anche a quello della domanda. Il tutto accompagnato dal convincimento che la migliore allocazione delle risorse è quella assicurata da un mercato nel quale domanda e offerta possono incontrarsi liberamente. Di qui la conclusione che l'ordine politico deve promuovere la stabilità dell'ordine economico creando le condizioni per un quadro finanziario stabile, e per il resto limitarsi a presidiare la concorrenza».

¹⁰⁴ Chiaro risulta essere, in merito, l'art. 3 del TUE, in cui è precisato che lo sviluppo dell'Europa si basa «su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva [...]», e gli artt. 119 e 120 del TFUE. In particolare, quest'ultimo prevede che gli Stati membri «e l'Unione agiscono nel rispetto dei principi di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza».

¹⁰⁵ G. Amato, *Bentornato Stato, ma*, Bologna, 2022, 29 ss.

La direttiva *Bolkestein* par essere un sintomatico corollario dell'affermazione di questa inarrestabile ideologia dogmatica di cui è istante l'Unione europea. Un ordine di problemi rischia di configurarsi non solo nel momento in cui si pongano a repentaglio interi settori e attività dell'economia nazionale a causa dell'applicazione della libera concorrenza, ma anche allorché si decida di attuare la normativa concorrenziale in determinati ambiti nei quali gli stessi regolatori – tra cui gli Stati – difficilmente possono garantirne un'equa e uniforme applicazione.

In altri termini, il vero rischio, come nella fattispecie delle concessioni demaniali marittime in Italia, sembra essere rappresentato dall'impossibilità di configurare un mercato effettivamente imparziale e dalla possibile e logica conseguenza che il regime di libera concorrenza non diventi altro che una pretesa fittizia, vuota e idonea a generare un mercato di tipo oligopolistico o, in certi casi, di vero e proprio monopolio. Il caso del Golfo di Trieste è emblematico in tal senso. In sostanza, l'applicazione del dogma concorrenziale – in una cornice in cui gli apparati regolatori arrancano e risultano inadeguati nel far conformare i grandi operatori al rispetto delle direttive di settore – finirebbe per divenire uno strumento di mera transizione, che condurrebbe a un altro modello generale e incontrollato di *laissez-faire*, nel quale la disciplina concorrenziale medesima è piegata al volere e alla forza economica dei soliti operatori che dominano la scena del mercato libero, finendo per esserne definitivamente caducata.

Per questa ragione, sembra essere necessario ripensare il modello concorrenziale e i suoi ambiti di operatività, che dovrebbero essere tassativamente predeterminati dai legislatori, rispettivamente sovranazionale e nazionali. Pretendere che il dogma concorrenziale debba trovare un'applicazione talmente estesa da non incontrare più confini, significa predeterminare le condizioni di uno *status* di anarchia piuttosto che di regolamentazione, non solo politica ma anche economica, sociale e giurisdizionale. Il che non farebbe altro che avvalorare la tesi secondo cui l'interesse pubblico primario si debba identificare, oramai, anzitutto con il principio di libera concorrenza nel mercato, di modo che solo in seguito – e se non in contrasto con questo – rilevarebbero tutti gli altri principi tesi a proteggere la pluralità di elementi che contraddistinguono, invero, l'interesse pubblico medesimo¹⁰⁶. In altri termini, si assiste all'inarrestabile sgretolamento della

¹⁰⁶ In tale direzione, può essere riletto l'insegnamento di E. Capaccioli, *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, Milano, 1963, 47, secondo cui «il vero modo di perseguire l'interesse pubblico non è quello di trascurare ed eventualmente sacrificare oltre il necessario gli interessi che con quello vengono in collisione, ma l'altro, di tenere conto anche di tali collidenti interessi, sacrificandoli solo nella misura indispensabile perché l'interesse pubblico possa ricevere il soddisfacimento che gli compete». Sicché pare opportuno considerare la pluralità dell'assetto di interessi in gioco delle parti private, con quelli di cui è istante l'Amministrazione e il pubblico potere *lato sensu*, ma non impiegando, nel bilanciamento, quale unico o supremo parametro il principio di libera concorrenza, poiché esso, seguendo una lettura costituzionalmente orientata, non è in grado, *rebus sic stantibus*, di identificarsi con l'interesse pubblico *tout-court*. In altri termini, è fondamentale che nella valutazio-

«scala di valori»¹⁰⁷ che la Costituzione repubblicana aveva saggiamente architettato e al vertice della quale aveva posto il diritto al lavoro, i diritti sociali ed economici incentrati sul principio di eguaglianza sostanziale e non di certo il principio di libera concorrenza. Eguaglianza sostanziale non rinvenibile all'interno dei Trattati sovranazionali – ivi compresa la Carta di Nizza – i quali hanno, invece, ritenuto opportuno parificare tutti i diritti, ponendoli sul medesimo piano, consentendo così, di volta in volta, un continuo bilanciamento, anche di rilievo costituzionale primario¹⁰⁸.

In conclusione, è appena il caso di ribadire che non si intende porre in discussione il principio della libera concorrenza *tout-court*, quanto rimarcare la ragionevole preoccupazione del concreto rischio che una sua distorta applicazione finisca col produrre effetti perversi e non voluti, tradendo in tal modo anche lo stesso spirito dei suoi propugnatori.

Anche per questi motivi, ne consegue, come è già stato evidenziato in una linea ancora molto minoritaria, che il settore delle concessioni balneari «non può essere un libero mercato: ma deve essere un mercato amministrato, con barriere all'accesso, perché chi sta dentro deve poi restituire alla collettività risorse che un mercante qualsiasi non restituirà mai»¹⁰⁹. Questo nel tentativo di porre un argine all'inarrestabile processo di «neoliberalizzazione» non solo dell'economia e delle sue leggi, ma anche dell'attività amministrativa.

ne effettuata dall'Amministrazione e nella eventuale decisione del giudice vengano certamente raffrontati tutti gli interessi, tenendo ben presente la nota rilevanza che ha assunto nel nostro ordinamento anche la libera concorrenza nel mercato, ma, allo stesso tempo, non può neanche giungersi all'eccessivo sacrificio, se non annullamento, dell'interesse pubblico nella sua totalità.

¹⁰⁷ L'espressione è di G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, 80 ss. Di parere differente, a quanto pare, sembra essere G. Corso, *La necessità di un bene comune*, in *Liber Amicorum per Marco D'Alberti*, cit., 380, secondo cui la «Costituzione e le leggi pongono tutti i diritti sullo stesso piano».

¹⁰⁸ Questa tendenza è stata, da ultimo, esaminata anche in seguito all'avvento dell'emergenza pandemica. In merito, per un parallelismo con la prevalenza del principio concorrenziale, si riprendono le parole di M. Luciani, *Fobonomia*, in *Liber Amicorum per Marco D'Alberti*, cit., 788, il quale osserva come la «produzione fobonomica, insomma, in tanto è compatibile con quei principi in quanto catturi e non sia catturata dalla paura, ovvero non l'assuma a paradigma legittimante qualsivoglia alterazione della Costituzione dei diritti e della Costituzione dei poteri». In conclusione, sarebbe opportuno avvedersi, in via cautelare, dal «paradigma legittimante» della libera concorrenza se funzionale all'alterazione della Costituzione dei diritti e dei poteri. L'autore rimanda al suo precedente scritto *La "costituzione dei diritti" e la "costituzione dei poteri". Note sulle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, II, Padova, 1985, 497 ss.

¹⁰⁹ A. Somma, *Io sto con i balneari*, cit.

Il nodo delle concessioni demaniali marittime. Amministrazione, giudici, mercati e conflitti

Nel presente lavoro si cerca di evidenziare le problematiche derivanti dalla possibile applicazione in Italia della Direttiva Servizi n. 123/2006/CE, nota come “Bolkestein”, nell’ambito delle concessioni demaniali marittime. A questo proposito, si cercherà anche di focalizzare l’attenzione sulle decisioni rese dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, sulla recente sentenza del TAR di Lecce, che ha posto alcune questioni pregiudiziali sulla validità ed efficacia della direttiva europea e sulla risposta della Corte di giustizia dell’Unione resa di recente tramite la pubblicazione della sentenza C-348/2022. Infine, si rifletterà sull’attuale quadro normativo, caratterizzato da una confusione senza precedenti, e sulla necessità che le istituzioni europee applichino a tutti i costi il principio della libera concorrenza nel mercato. Il tutto senza preoccuparsi della situazione del mercato interno e dei rischi per la concorrenza stessa.

The node of maritime state concessions. Administration, judges, markets and conflicts

This paper will attempt to highlight the issues arising from the possible application in Italy of the Services Directive No. 123/2006/EC, known as ‘Bolkestein’, in the context of maritime state concessions. In this regard, an attempt will also be made to focus attention on the decisions rendered by the jurisprudence of the Council of State, on the recent ruling of the Regional Administrative Court of Lecce, which posed some preliminary questions on the validity and efficacy of the European directive, and on the response of the Court of Justice of the Union recently rendered through the publication of ruling C-348/2022. Finally, it will reflect on the current regulatory framework, characterised by unprecedented confusion, and the need for the European institutions to apply the principle of free competition in the market at all costs. All without concern for the situation of the internal market and the risks to competition itself.