



1 NOVEMBRE 2023

La vexata quaestio delle concessioni demaniali marittime nella crisi della legalità. Dilemmi antichi e nuove prospettive risolutive

di Daniele Vitale

Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale
Università degli Studi di Napoli Federico II



La *vexata quaestio* delle concessioni demaniali marittime nella crisi della legalità. Dilemmi antichi e nuove prospettive risolutive*

di **Daniele Vitale**

Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale
Università degli Studi di Napoli Federico II

Abstract [It]: La disciplina normativa delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo è da tempo segnata da numerosi e divergenti interventi di una pluralità eterogenea di attori istituzionali. Il presente contributo si pone l'obiettivo di esaminare l'incidenza delle più recenti determinazioni del decisore politico e dell'apporto essenziale delle giurisprudenze al fine di individuare possibili soluzioni, compatibili con i principi dell'ordinamento costituzionale ed europeo, al grave stato di incertezza causato dalla difficoltà di identificare il regime giuridico regolatorio dell'uso delle "coste".

Title: The vexed question of state-owned maritime concessions in the crisis of legality. Old-age messes and new resolution perspectives

Abstract [En]: The regulatory discipline of state-owned maritime concessions for tourist and recreational use has long been affected by numerous and divergent interventions by a heterogeneous group of institutional actors. This contribution aims to examine the impact and interconnections of the most recent decisions of the policymaker and the essential contribution of jurisprudence to identify possible solutions, compatible with the principles of the Constitutional and European legal system, to the severe state of uncertainty caused by the difficulty of identifying the regulatory legal regime of "shoreline" use.

Parole chiave: Concessioni demaniali marittime, proroga legislativa, disapplicazione normativa, controllo di costituzionalità, principio di legalità

Keywords: State-owned maritime concessions, legal extension, disapplication of national legislation, constitutional review, principle of legality

Sommario: **1.** La "storia infinita" delle concessioni demaniali marittime nella crisi della legalità. **2.** Un breve *excursus* storico-normativo del regime giuridico delle concessioni marittime. **3.** L'apporto della giurisprudenza e i fondamenti del divieto a nuove proroghe. **4.** Le criticità sistemiche delle proroghe legislative: alcuni spunti ricostruttivi. **5.** Lo scoglio del conflitto e il timone della Corte costituzionale.

1. La "storia infinita" delle concessioni demaniali marittime nella crisi della legalità

La conversione con modificazioni del D.L. n. 198/2022 ad opera della L. n. 14/2023 ha aperto un inedito capitolo nella "storia infinita" delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per finalità turistico-ricreative¹, avendo l'attuale maggioranza di governo disposto una nuova proroga della loro efficacia

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Per ragioni di concisione, nel contributo si farà a-tecnicamente uso, per riferirsi ad esse, delle abbrevianti locuzioni "concessioni marittime" ovvero "concessioni balneari".

(almeno) fino al 31 dicembre 2024². Il mosaico normativo in cui la L. 14/2023 è stata inserita appare, tuttavia, ormai prossimo ad un punto di rottura³. I divergenti interventi degli attori istituzionali, coinvolti nella *governance* del settore⁴, hanno, difatti, comportato una saturazione del sistema, determinando tale stratificazione evidenti difficoltà identificative sul criterio risolutivo dei conflitti tra le eterogenee fonti normative, con conseguente e grave stato di incertezza sulle regole effettivamente applicabili⁵.

Per comprendere quali potrebbero in ipotesi essere e quale incidenza potrebbero avere le soluzioni che si individueranno nel presente contributo circa tale problematica⁶, sembra necessario porre alcune considerazioni preliminari sul particolare “sfondo” da cui traggono origine e sostanza le questioni controverse, ovvero sia la crisi del principio di legalità nell’attuale «*sistema costituzionale multilivello*»⁷.

² Con l’addizione in fase di conversione del comma 6-*sexies* all’art. 12 del D.L. n. 198/2022, è stata stabilita la proroga delle concessioni marittime fino al 31 dicembre 2024, trasladando di un anno il termine stabilito dall’art. 3 della L. n. 118/2022. La L. n. 14/2023 ha, inoltre, introdotto *ex novo* l’art. 10-*quater*, prevedendovi «L’istituzione presso la Presidenza del Consiglio dei ministri di un tavolo tecnico con compiti consultivi e di indirizzo in materia di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali», e disponendo che «Ai fini dell’espletamento dei compiti del tavolo tecnico [...] le parole: “31 dicembre 2024”, ovunque ricorrono, sono sostituite dalle seguenti: “31 dicembre 2025”», apprestando così una speciale proroga fino al 31 dicembre 2025, rilasciabile caso per caso dalla P.A. con proprio atto motivato in caso di sussistenza di impedimenti oggettivi – come la pendenza di contenziosi – all’attivazione di una procedura di gara trasparente e imparziale per l’affidamento delle nuove autorizzazioni.

³ Le attuali criticità sono state oggetto di censura politica da parte del Presidente della Repubblica in sede di promulgazione della L. n. 14/2023. Nella missiva indirizzata ai Presidenti delle Assemblee Parlamentari, il Capo dello Stato ha posto in evidenza che la disposta nuova proroga al 31 dicembre 2024 «risulta essere difforme rispetto agli obblighi imposti dal diritto dell’Unione Europea», rilevando che ciò avrebbe potuto giustificare l’esercizio del rimando alle Camere ai sensi dell’art. 74 Cost., ipotesi che, tuttavia, avrebbe fatto «inevitabilmente, venir meno, con effetti retroattivi, in molti casi in maniera irreversibile, tutte le numerose altre disposizioni che il decreto-legge contiene, determinando incertezza e disorientamento nelle pubbliche amministrazioni e nei destinatari delle norme». Il Presidente della Repubblica ha ulteriormente posto in evidenza i risultati del contrasto istituzionale tra decisore politico e giudici nazionali, evidenziando che «Gli enti concedenti potrebbero ritenersi legittimati a disapplicare le norme in contrasto con il diritto europeo e a indire le gare, mentre i controinteressati potrebbero essere indotti ad impugnare eventuali provvedimenti di proroga delle concessioni, alimentando ulteriormente il contenzioso». Sulla portata dell’intervento presidenziale, *ex multis*, L. ABBRUZZO, *Il ruolo del Presidente della Repubblica nella crisi del raccordo Governo-Parlamento: la promulgazione con motivazione*, in *Federalismi.it*, n. 10, 2023, pp. 1-27.

⁴ La regolazione della materia, in ragione della pluralità di interessi pubblici e privati implicativi, restituisce ormai da tempo alla dottrina gius-pubblicistica tematiche particolarmente vagliate e travagliate. Senza pretese di completezza, *ex multis*, *La proroga delle “concessioni balneari” alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell’Adunanza Plenaria*, volume speciale di *Diritto e Società*, n. 3, 2021, pp. 331-583; A. COSSIRI (a cura di), *Coste e diritti. Alla ricerca di soluzioni per le concessioni balneari*, E.U.M., Macerata, 2022; A. LUCARELLI, B. DE MARIA, M.C. GIRARDI (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime*, E.S.I., Napoli, 2021; M. TIMO, *Le concessioni balneari alla ricerca di una disciplina fra normativa e giurisprudenza*, Giappichelli, Torino, 2020.

⁵ Si consideri al riguardo che i numerosi pronunciamenti delle giurisprudenze nazionali ed europea, sovente censuranti l’azione del decisore politico interno, sono stati capaci di “rimodularne” le disposizioni.

⁶ Segnatamente, nei paragrafi 2 e 3 saranno analizzati i formanti della materia, nel paragrafo 4 saranno messe in rilievo le criticità sistemiche dell’attuale disciplina e delle più recenti risposte alla problematica indicate dalla giurisprudenza e dalla dottrina; nel paragrafo conclusivo saranno poste in luce alcune possibili soluzioni “costituzionalmente compatibili” alla *quaestio*.

⁷ La nota concettualizzazione di Ingolf Pernice sul «*Multilevel Constitutionalism*» risulta illuminante per comprendere la portata di alcune asserzioni del presente contributo. Come ben evidenziato dall’Autore nella formulazione classica della propria tesi esposta in I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution Making Revisited*, in *Common Market Law Review*, n. 36, 1999, p. 706 ss., le relazioni tra i sistemi costituzionali nazionali ed europeo – chiaramente implicate nella materia *de qua* – non possono essere compresi secondo il tradizionale modello fondato sulla gerarchizzazione tra gli stessi, trovando essi «l’unità in sostanza» nel dinamico interfacciarsi delle contaminazioni simbiotiche e dalle reciproche influenze.

Sebbene il principio di legalità non abbia trovato una propria enunciazione testuale nelle disposizioni della Carta Fondamentale⁸, esso può certamente considerarsi immanente nell'architettura dell'ordinamento, potendo essere definito anzitutto come la primaria garanzia di tutti i consociati, strettamente interconnessa all'istituto della rigidità costituzionale⁹, contro gli abusi del potere amministrativo e giurisdizionale¹⁰, nella misura in cui il principio *de quo* prescrive che «ogni forma di limite imposto ai diritti dei cittadini abbisogna del consenso dell'organo che trae da costoro la propria diretta investitura»¹¹.

Nella sua dimensione tradizionale di liberale memoria, radicata «nel codice genetico della cultura del diritto italiano»¹², il principio di legalità ha trovato il proprio referente assiologico nella percepita e dichiarata superiorità della legge parlamentare¹³, «espressione della volontà generale»¹⁴ capace di imporsi sugli atti del potere giudiziario ed esecutivo, venendo tuttavia in crisi questo assunto già con il passaggio alla forma di Stato costituzionale, avendo l'atto-legge subito una trasmutazione dovuta a fattori endogeni ed esogeni. Invero, se per un verso la necessità di comporre i conflitti tra eterogenei interessi pubblici e privati¹⁵ – precipitati naturali della frantumazione della omogeneità del corpo elettorale¹⁶ e della fissazione nella

⁸ In questo senso, *ex multis*, M.S. GIANNINI *Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 82 ss. e S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di Diritto amministrativo*, III edizione, Giuffrè, Milano, 2009, p. 9 ss. Deve rilevarsi al riguardo che anche nell'ordinamento europeo si registra un analogo *deficit*, mancando nei Trattati istitutivi una definizione positiva del principio di legalità o del suo – non pienamente analogo – principio del *rule of law*. La carenza in esame, come ben messo in rilievo dalla dottrina, è stata colmata dalla giurisprudenza europea la quale, superando le criticità derivanti dalla natura peculiare dell'ordinamento comunitario, ha a più riprese esplicitato le dimensioni della legalità “sovranaazionale”, fondata su due pilastri tra loro strettamente interconnessi: regolamentazione e limitazioni del potere politico delle Istituzioni secondo le regole dettate dai Trattati in ragione del principio dell'equilibrio istituzionale, nonché garanzia generale per tutti i consociati di poter adire un giudice terzo ed imparziale. Sul punto, B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale, Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 16 ss.

⁹ Così V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano*, VI ed., Cedam, Padova, 1993, p. 65. Secondo l'illustre Maestro, in presenza di una Costituzione rigida, il principio di legalità tende a distaccarsi logicamente dall'affine istituto della riserva di legge, rappresentando il primo l'obbligo meno stringente «rivolto al potere esecutivo di esercitare le proprie funzioni secondo legge», costituendo invece il secondo una diversa imposizione «che esige molto di più, overosia che la legge stessa regoli in tutto o in parte, ma comunque in modo sufficientemente preciso in modo da limitare la discrezionalità amministrativa». Tale distinzione pare tuttavia venir meno, sul piano concreto, in presenza di figure *bordeline* quali le riserve di legge relative e il principio di legalità sostanziale.

¹⁰ Così S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 659-703.

¹¹ Questa enucleazione minima ed esemplificativa del principio di legalità si rinviene in Corte cost., sent. n. 4/1962.

¹² F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Diritto e Società*, 1989, p. 424.

¹³ Sul punto, C. ROEHRSEN, *Supremazia del Parlamento e legge formale*, in *Scritti degli allievi offerti ad A. Tesaurò nel 40° anno dell'insegnamento*, II, Giuffrè, Milano, 1968, p. 761 ss.

¹⁴ Così, richiamando le note asserzioni di Montesquieu e Rousseau, R. CARRE DE MALBERG, *La Loi, expression de la volonté générale: étude sur le concept de la loi dans la constitution de 1875*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1931.

¹⁵ In questo senso, C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 40. Prima dell'Autore, anche un altro autorevole Maestro come Carnelutti, nel suo saggio emblematicamente denominato *La crisi della legge* (1937), ora contenuto in F. CARNELUTTI, *Discorsi intorno al diritto*, Vol. II, Cedam, Padova, 1953, p. 280 ss., evidenziava il crescente peso dei rapporti sociali e delle loro complicazioni sull'efficacia della legge.

¹⁶ Ha ben scolpito gli effetti radicali del passaggio dallo Stato liberale ad uno Stato “pluriclasse”, M.S. GIANNINI, *Prefazione a G. BURDEAU, Il regime parlamentare nelle costituzioni europee del dopoguerra*, Giuffrè, Milano, 1950, p. III ss. alle cui autorevoli notazioni si rimanda per ulteriori considerazioni sul punto.

Costituzione degli interessi meritevoli di tutela¹⁷ – ha determinato la rottura dell’unità dell’organo rappresentativo e, di conseguenza, della legge che era prima riconosciuta come superiore atto generale e astratto¹⁸, dall’altro la molteplicità di fenomeni istituzionali eterogenei¹⁹ ha comportato la perdita del primato della legge parlamentare anche sul piano positivo delle fonti del diritto²⁰, assumendo così il principio di legalità una nuova dimensione «porosa»²¹.

L’annosa questione delle proroghe legislative delle concessioni balneari reca con sé l’immagine fedele di questo fenomeno dai contorni poco definiti, laddove la perdita del primato assiologico della legge è stata chiaramente raffigurata nei più recenti “ordini” del Consiglio di Stato, rivolti sia ai giudici nazionali che alle pubbliche amministrazioni, di disapplicare le leggi di proroga approvate dal Parlamento come la predetta L. n. 14/2023, trasparendo dalle trame della questione il conflitto tra una pluralità di interessi pubblici e privati dei quali sono portatori le amministrazioni coinvolte, i diversi operatori economici e anche i soggetti privati, esplicitandosi in esso un nuovo rapporto ancora *in fieri* tra «libertà soggettiva e autorità (politica), la quale esercita un ruolo sempre più marginale»²².

L’emersione nella risoluzione dei conflitti normativi – di fianco ovvero in luogo dei tradizionali criteri come l’abrogazione o l’annullamento – di una figura giuridica non istituzionalizzata²³, qual è la disapplicazione legislativa, costituisce il principale segno di riconoscimento della dimensione “porosa” del principio di legalità nella misura in cui, superato il modello gerarchico dei rapporti tra funzioni

¹⁷ L’elencazione degli interessi meritevoli di tutela in un atto superiore alla legge ha comportato una evoluzione nella percezione stessa del suo apporto sulla regolazione degli stessi. Superata la nota concettualizzazione di “disposizione programmatica”, le posizioni soggettive sono divenute non solo il limite negativo alle attività pubbliche, ma anche il loro fondamento positivo. Sul punto, G.M. FLICK, *Elogio della dignità (se non ora, quando?)*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2014, p. 22 ss.

¹⁸ Sul punto, C. MORTATI, *La volontà e la causa nell’atto amministrativo e nella legge*, in C. MORTATI, *Scritti sulle fonti del diritto e sull’interpretazione*, II, Giuffrè, Milano, 1972, p. 569 ss.

¹⁹ Si pensi, a titolo semplificativo, all’uso e all’abuso degli strumenti della decretazione d’urgenza, della delega legislativa e della delegificazione, all’ampliamento delle competenze legislative regionali dopo la riforma del Titolo V della Carta e, in misura sicuramente predominante, agli effetti indotti dal processo di integrazione europea.

²⁰ Un dato “statistico” della crisi della legge a causa dell’uso della disordinata fungibilità tra questa e gli atti normativi primari è esposto in F. MODUGNO, A. CELOTTO, M. RUOTOLO, *Considerazioni sulla crisi della legge*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1999, p. 41 ss., a cui si rimanda per ulteriori riflessioni critiche sul fenomeno.

²¹ Il riferimento terminologico è ripreso da B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale*, cit., p. 139. L’adoperata metafora della “porosità” riesce qualificare efficacemente la configurazione non più “compatta” che ha assunto il principio di legalità nell’attuale assetto costituzionale. Difatti, sebbene a fronte e in ragione del processo di integrazione europea si sia assistito in forme inedite alla crisi e alla perdita di centralità della legge nazionale nel sistema delle fonti, deve comunque riconoscersi anche alla “legalità sovranazionale” una dimensione necessariamente aperta rispetto alle forme della “legalità nazionale”, considerata soprattutto l’attivabilità dei “controlimiti” da parte degli Stati membri, potendosi così individuare nell’ordinamento europeo un sistema normativo non gerarchicamente superiore rispetto agli ordinamenti dei singoli Stati, caratterizzato dall’autonomia e dalla sovrapposibilità – e non dall’esclusività e supremazia – rispetto a questi ultimi.

²² L’affermazione è ripresa da P.A. CAPOTOSTI, *Verso una nuova configurazione del principio di legalità?*, in M. ARONGIU, G.C. DE MARTIN (a cura di), *Democrazia e amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 135.

²³ Il riferimento terminologico è di D. PORENA, *La disapplicazione normativa: nuovo criterio di risoluzione delle antinomie o “figura limite” nella teoria delle fonti*, in *federalismi.it*, n. 15, 2011, p. 2.

costituzionali²⁴, proprio quei soggetti istituzionali tradizionalmente subordinati alla legge – come i giudici²⁵ o, eventualmente, anche i funzionari della pubblica amministrazione – possono in talune circostanze non dare applicazione ai precetti stabiliti dalle assemblee legislative.

Deve evidenziarsi al riguardo che la disapplicazione non costituisce un *quid novum* nell'ordinamento italiano²⁶, essendo stata prevista e disciplinata come strumento di tutela dei diritti soggettivi già nella nota legge di abolizione del contenzioso amministrativo²⁷, sebbene lo sviluppo “interno” del processo di integrazione europea, accompagnato dalla Corte costituzionale, abbia comportato per essa una nuova e rinnovata materialità come figura privilegiata di superamento della antinomie tra diritto interno e diritto europeo²⁸, differenziandola dalla disapplicazione del provvedimento amministrativo.

La particolare genesi pretoria della disapplicazione legislativa appare riconoscibile nelle incertezze semantiche che ancora attualmente accompagnano la figura in esame²⁹, potendosi ritenere che essa

²⁴ Così, a titolo esemplificativo, F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Agg. VI, Giuffrè, Milano, 2000, p. 75 ss., secondo cui il principio di legalità – in riferimento ai rapporti tra la legge e il provvedimento amministrativo – non troverebbe più fondamento nell'esigenza democratica di assoggettare la pubblica amministrazione all'indirizzo politico determinato dalle assemblee rappresentative per come cristallizzato nell'atto-legge, bensì avrebbe esclusivamente la funzione di garantire l'imparzialità e il buon andamento dell'azione amministrativa, sottoponendola a regole generali ed astratte preventivamente stabilite ed riconoscibili da parte di tutti i consociati.

²⁵ Per una disamina generale sul potere costituzionale di disapplicazione delle leggi da parte dei giudici comuni, anche in ipotesi diverse da quelle relative alle cd. “antinomie comunitarie”, R. MANFRELOTTO, *Giustizia della funzione normativa e sindacato diffuso di legittimità*, Jovene, Napoli, 2008.

²⁶ In questo senso M.P. CHITI, *L'invalidità degli atti amministrativi per violazione di disposizioni comunitarie e il relativo regime processuale*, in *Dir. amm.*, n. 4, 2003, p. 688. In senso parzialmente affine, in relazione al potere di disapplicazione della legge per contrasto con la Costituzione, G. GUARINO, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus*, 1951, p. 357 ss.

²⁷ Segnatamente, l'art. 5 dell'Allegato E alla L. n. 2248/1865 – ancora in vigore – dispone(va) che il giudice civile, qualora la controversia avesse investito un atto amministrativo, avrebbe dovuto prescindere da quanto disposto in quest'ultimo qualora egli ne avesse riconosciuto l'illegittimità. Per una più compiuta analisi dell'istituto, A. ROMANO, *La disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice civile*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, p. 67 ss.

²⁸ Come noto, nella storica pronuncia n. 170 del 1984, cd. sentenza *Granital*, il Giudice delle leggi, allineando la propria posizione a quella indicata dalla Corte di Giustizia, ha individuato un “peculiare” schema risolutivo delle antinomie tra la norma sovranazionale (ad effetto diretto) e la norma interna, sulla scorta del quale il giudice comune è tenuto a dare prevalenza al precetto europeo, disapplicando (*rectius* non applicando, come specificato successivamente dalla Corte nella sentenza n. 168 del 1991) l'atto interno con esso contrastante, senza necessità di passare per l'incidente di costituzionalità, come in precedenza affermato dalla stessa Corte nella sentenza n. 232 del 1975. Per una accurata ricostruzione storica dell'evoluzione giurisprudenziale della Corte costituzionale, si rinvia all'autorevole lavoro di M. CARTABIA – J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa: profili istituzionali e costituzionali*, Il Mulino, Bologna, 2000.

²⁹ Come *supra* osservato, nella sentenza n. 168 del 1991 la Corte costituzionale, chiarendo quanto affermato nella *Granital* e “correggendo” il linguaggio adoperato nella di poco precedente sentenza n. 389 del 1989, ha provveduto a tracciare una sottile linea di demarcazione tra le figure della “disapplicazione” e della “non applicazione”, preferendo nell'indicazione dello strumento principale di superamento delle antinomie comunitarie quest'ultima locuzione in ragione del presupposto che la nozione di disapplicazione «evocherebbe vizi della norma in realtà non sussistenti in ragione dell'autonomia dei due ordinamenti». Questa distinzione, fondata secondo la ricostruzione del Giudice delle leggi sul riconoscimento in capo all'atto normativo “disapplicato” di un vizio di legittimità che non potrebbe, al contrario, affermarsi quando a venire in rilievo siano gli ordinamenti nazionale ed europeo, è stata accolta da una parte della dottrina italiana, come A. CELOTTO, *Le «modalità» di prevalenza delle norme comunitarie sulle norme interne: spunti ricostruttivi*, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1999, p. 1473 ss., sebbene altra dottrina, in particolare C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 80-81, ritenga che la distinzione in esame sia più astratta che concreta,

consista essenzialmente nell'atto di volontà del soggetto interprete-attuatore del diritto oggettivo – giudice o autorità amministrativa – il quale, rifiutando l'applicazione di una regola contenuta in atto legislativo, applica in luogo di questa una norma diversa, mantenendo comunque l'atto non applicato tendenzialmente intatta la propria efficacia per altre fattispecie diverse³⁰.

Se per un versante, nel suo essere anzitutto un concreto procedimento logico-interpretativo, la disapplicazione legislativa comporta quale precipitato fisiologico un generale stato di incertezza sulla fonte del diritto effettivamente operativa in una data materia³¹, dall'altro deve porsi in evidenza che il processo di integrazione, guidato “dal dentro dell'ordinamento europeo” dalla stessa Corte di Giustizia dell'UE³², ha comunque condotto alla valorizzazione di ulteriori strumenti che possiedono la capacità, nell'immanente prospettiva della riconosciuta *primauté* al diritto europeo, di integrare se non anche di correggere gli effetti della disapplicazione. Ci si riferisce, in particolare, all'istituto della “interpretazione comunitariamente conforme della legge nazionale”, richiamata nella sentenza “*Murphy*” del 1986³³, ovvero ancora al generale obbligo in capo agli Stati membri, più volte richiamato dalla Corte di Giustizia e dalla stessa Corte costituzionale³⁴, non solo di disapplicare le norme interne in contrasto con norme europee

potendosi di converso fondare una distinzione tra le due figure sul rilievo di un diverso “elemento soggettivo” in capo al soggetto interprete che non applica o disapplica l'atto normativo.

³⁰ In questo senso, V. ITALIA, *La disapplicazione delle leggi*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 12, ove l'Autore osserva condivisibilmente come uno dei più comuni errori della dottrina consista nel considerare solo la *pars destruens* della disapplicazione, ovvero sia la non applicazione di un determinato atto normativo, quasi che esso si risolva in una “nullificazione” dell'efficacia dello stesso, considerato nel caso specifico *tamquam non esset*. In realtà, come ivi ben sostenuto, il reale momento determinante della disapplicazione è l'applicazione di un diverso atto – sia esso contenuto in una legge, regolamento o principio generale – determinando ciò il predetto e “fisiologico” stato di incertezza giuridica in quanto il soggetto operante la disapplicazione, riconosciuta la non applicazione di un dato atto, ben potrebbe sia ricercare *ex se* la norma o il principio da applicare ovvero crearlo con una interpretazione sistematica. La definizione di Vittorio Italia ricalca l'autorevole di C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I vol., X, Cedam, Padova, 1991, p. 299 secondo cui la disapplicazione consiste «nel potere di non applicare ad una singola fattispecie un determinato atto che resta valido ed efficace per altre fattispecie o ad altri effetti [...] accadendo ciò laddove l'ordinamento stesso limiti le potestà dell'organo chiamato all'esame della validità di un atto inibendogli l'annullamento del medesimo e consentendo unicamente l'accertamento della non validità con la conseguente non applicazione alla sola fattispecie sottoposta al suo esame». In senso affine anche C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, cit., p. 16 ss.

³¹ Così C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, cit., p. 93, il quale invita a riflettere criticamente sugli effetti della disapplicazione sul principio-valore “della certezza del diritto”, intesa come «*presistenza della norma di comportamento rispetto al contegno del singolo, nonché come prevedibilità dell'azione del potere pubblico e dell'autorità giurisdizionale*».

³² Occorre porre in rilievo al riguardo che nell'esperienza e nella prassi giurisprudenziale della Corte di Giustizia, le ricostruzioni tecnico-dogmatiche sulla disapplicazione – ad esempio la distinzione con la mentovata figura della non applicazione – hanno lasciato spazio ad un uso maggiormente pragmatico e concreto dell'istituto, volto essenzialmente a garantire al diritto euro-unionale la primazia riconosciuta dai Trattati attraverso la generale «*inapplicabilità della norma nazionale*». Questo *modus operandi*, votato al pragmatismo istituzionale, è ancora scolpito, salvo successive eccezioni che confermano la validità della regola generale, nella storica e nota sentenza *Simmenthal* del 1977 ove è chiaramente affermato che «*Il giudice nazionale, incaricato di applicare le disposizioni di diritto comunitario, ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale*».

³³ Sul punto, *ex multis*, A. BERBARDI (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Jovene editore, Napoli 2015.

³⁴ Così C. cost., sent. n. 94/1995, ove il Giudice delle leggi, richiamando la menzionata sentenza n. 389/1989, evidenzia che la non applicazione, non toccando l'esistenza dell'atto interno, non fa comunque venir meno «*L'esigenza che gli Stati*

self-executing, ma anche di espungere dall'ordinamento nazionale, attraverso i rimedi interni, gli atti legislativi interni in conflitto con il diritto euro-unionale, a prescindere dalla propria tipologia³⁵.

Orbene, queste sintetiche considerazioni sull'orizzonte istituzionale in cui si innesta la questione delle concessioni marittime risultano necessarie per comprendere e (ri)leggere le coordinate normative di una materia che presenta, come meglio ora si osserverà, una notevole stratificazione di interventi.

2. Un breve *excursus* storico-normativo del regime giuridico delle concessioni marittime

La questione della legittimità delle proroghe delle concessioni balneari e dei vari interventi in materia affonda le proprie radici storiche nella formulazione dell'articolo 37 del R.D. n. 327/1940, c.d. Codice della navigazione, ove era riconosciuto uno speciale regime di favore per i titolari delle concessioni, volto tendenzialmente a prolungarne l'efficacia³⁶. Più specificamente, la disposizione in esame legittimava in favore di questi ultimi l'esistenza di un particolare privilegio, denominato "diritto di insistenza", condizionante l'attività discrezionale della pubblica amministrazione, la quale, alla scadenza della validità dell'autorizzazione, poteva/doveva "preferire" nel nuovo affidamento il concessionario uscente³⁷,

membri apportino le necessarie modificazioni o abrogazioni del proprio diritto interno al fine di depurarlo da eventuali incompatibilità o disarmonie con le prevalenti norme comunitarie. Esigenza che, sul piano dell'ordinamento nazionale, si collega al principio della certezza del diritto, rappresentando invece sul piano comunitario una garanzia così essenziale al principio della prevalenza del proprio diritto su quelli nazionali da costituire l'oggetto di un preciso obbligo per gli Stati membri». Posizione simile è espressa dalla Corte di giustizia nella sentenza *Minister for Justice and Equality* del 4 dicembre 2018. Sul punto, R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in *European Papers*, n. 1, 2020, p. 594 ss.

³⁵ La riconosciuta prevalenza del diritto europeo – salvo l'attivazione eventuale dei controlimiti – è stata sottoposta in dottrina a ricostruzioni teoriche che muovono dalle diverse tesi circa la natura dei rapporti inter-ordinamentali. Come affermato in precedenza, alla luce della più recente fenomenologia politico-istituzionale del processo integrativo, si ritiene preferibile la ricostruzione "temperata" esposta dai fautori del costituzionalismo multilivello, dovendosi rifiutare sia le tesi monistiche fondate sulla gerarchizzazione degli ordinamenti, sia anche le tesi dualiste rigide. Spiega bene questo fenomeno di «integrazione senza gerarchia», A. SPADARO, *Sui principi di continuità dell'ordinamento, di sussidiarietà e di cooperazione fra Comunità/Unione europea, Stato e regioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4, 1994, p. 1041 ss., dovendosi sulla scorta di quest'opinione evidenziare ulteriormente che, alla luce del principio di sussidiarietà e dell'ancora limitato numero di competenze esclusive attribuite all'Unione ai sensi dell'art. 2 TFUE, nel caso dei rapporti tra norma interna ed europea, la prevalenza di quest'ultima non si possa esprimere in termini di superiore validità, ma solo di "priorità nell'applicazione" e incompatibilità. Sul punto, G. PISTORIO, *La prevalenza ermeneutica del diritto comunitario*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Vol. III, Editoriale Scientifica Napoli, 2011, p. 2623 ss.

³⁶ In particolare, l'art. 37 disponeva originariamente che «[1] *Al fine della tutela dell'ambiente costiero, per il rilascio di nuove concessioni demaniali marittime per attività turistico-ricreative è data preferenza alle richieste che importino attrezzature non fisse e completamente amovibili.* [2] *È altresì data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze. Quando non ricorrano tali ragioni di preferenza, per le concessioni di durata superiore al quadriennio o che importino impianti di difficile sgombero, si procede a pubblica gara o a licitazione privata.* [3] *Nello stesso caso, per le concessioni di durata non superiore al quadriennio e che non importino impianti di difficile sgombero, la preferenza è data al precedente concessionario e, in mancanza, si procede a licitazione privata».* Per una più approfondita disamina sulla nozione di concessione demaniale, *ex plurimis*, B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Cedam, Padova, 2008.

³⁷ Come ben messo in rilievo da G. GRUNER, *L'affidamento ed il rinnovo delle concessioni demaniali marittime tra normativa interna e principi del diritto dell'Unione europea*, in *Foro amministrativo – Cons. Stato*, 2010, p. 678 ss., il diritto di insistenza accompagnava e "limitava" la discrezionalità amministrativa, sia in relazione all'*an* dell'affidamento della concessione, sia in ordine al *quomodo*. La P.A. poteva difatti o procedere direttamente all'affidamento al concessionario uscente senza passare per la gara ovvero, nell'improbabile caso di obbligo di attivazione di una procedura di evidenza pubblica, oppure preferirne l'offerta rispetto a quella degli altri eventuali concorrenti. In senso analogo, S. CASSESE, *Concessione di beni*

favorendo così la creazione di monopoli di fatto, con potenziale esclusione della collettività da una più immediata fruizione dei beni loro concessi³⁸.

Con il processo di integrazione europea, questa cornice normativa è stata oggetto di una lenta e generale revisione, avendo la forza del paradigma economico europeo comportato la trasmutazione di un settore del diritto interno, originariamente reputato «*estraneo*»³⁹ rispetto alle logiche della concorrenza. L'obbligo di apertura “al mercato” e “del mercato” delle concessioni ha indotto il decisore all'emanazione del D.L. n. 400/1993, atto prefigurante il difficile passaggio da un modello amministrativo chiuso al mercato ad uno, tipicamente europeo, aperto alla concorrenza⁴⁰.

Nonostante questo intervento normativo⁴¹, anche a fronte di un orientamento giurisprudenziale alquanto restrittivo sulla portata del diritto di insistenza⁴², risultava tuttavia essere addirittura rafforzata la posizione di favore dei concessionari uscenti, essendo stato previsto un sistema di rinnovo generalizzato e automatico delle concessioni balneari che trovava, per intermediazione del provvedimento amministrativo, nella legge la propria diretta fonte di validità, potendo la P.A. revocare l'autorizzazione demaniale soltanto in caso di accertamento di gravi violazioni compiute dal concessionario⁴³.

A distanza di anni rispetto a questo primo infruttuoso tentativo di revisione del settore, a seguito dell'intervenuta apertura della procedura di infrazione n. 2008/4908 per contrasto della normativa nazionale con i principi europei e precipuamente con il dettato della direttiva n. 2006/123/CE⁴⁴, il

pubblici e “diritto di insistenza” (commento a Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2002, n. 6764), in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4, 2003, p. 356, il quale, evidenziava che «Per l'assegnazione di una concessione dell'uso di un ben pubblico non è obbligatorio lo svolgimento di una gara, regolarmente bandita; se vi sono più domande, però, è necessario che la pubblica amministrazione ne tenga conto e le compari tra di loro».

³⁸ A. LUCARELLI, L. LONGHI, *Le concessioni demaniali marittime e la democratizzazione della regola della concorrenza*, in *Giur. Cost.*, n. 3, 2018, p. 1256.

³⁹ M. CRISCI, *Concessioni demaniali marittime e direttiva Bolkestein: un matrimonio indissolubile? Verso un'ipotesi ricostruttiva alternativa all'applicazione generalizzata della dir. 2006/123/CE*, in A. COSSIRI (a cura di), *Coste e diritti*, cit., p. 95.

⁴⁰ Per una disamina storico-istituzionale, S. TORRICELLI, *L'europeizzazione del diritto amministrativo italiano*, in L. DE LUCIA, B. MARCHETTI (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, Il Mulino, Bologna, 2015, pp. 247-271.

⁴¹ L'art. 01, comma 2, del D.L. disponeva che «Le concessioni di cui al comma 1, indipendentemente dalla natura o dal tipo degli impianti previsti per lo svolgimento delle attività, hanno durata di 6 anni. Alla scadenza si rinnovano automaticamente per altri 6 anni e così successivamente ad ogni scadenza, fatto salvo il secondo comma dell'articolo 42 del codice della navigazione [...]».

⁴² A titolo esemplificativo, Cons. Stato, sez. V, sentenza n. 2825/2007, ove si rilevava che «Il cd. diritto di insistenza può venire in rilievo solo nell'eventualità in cui tutte le domande di concessione siano equi-ordinate, sia dal punto di vista qualitativo che quantitativo, alla luce del co. 1 dell'art. 37, ossia quando esse assicurino in via paritaria l'eguale soddisfazione dell'interesse pubblico». Sul punto, V. DI CAPUA, *Quali regole per le spiagge? Il punto sulla giurisprudenza nazionale*, in A. COSSIRI (a cura di), *Coste e diritti*, cit., pp. 83-94.

⁴³ In questo senso, M. CALABRÒ, *Concessioni demaniali marittime aventi finalità turistico-ricreativa e diritto europeo della concorrenza*, in *Munus*, n. 2, 2012, pp. 453-477.

⁴⁴ L'art. 12 della “direttiva Bolkestein” dispone che «Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento», precisando al par. 3 che, «l'autorizzazione deve avere “una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami». Sul punto, ex plurimis, S. D'ACUNTO, *Direttiva servizi (2006/123/Ce): genesi, obiettivi e contenuto*, Giuffrè, Milano, 2009.

decisore politico operava una nuova riforma della disciplina delle concessioni balneari, attraverso il D.L. n. 194/2009, il D.lgs. n. 59/2010 in recepimento di detta direttiva, e la L. n. 217/2011. Segnatamente, attraverso l'azione congiunta di questi atti di rango primario, da un lato veniva modificata la formulazione dell'articolo 37 nella parte in cui erano individuati i privilegi di preferenza dei titolari uscenti – abolendo così, almeno nelle intenzioni, «l'automaticità, l'insistenza e la sostanziale perpetuità della concessione»⁴⁵ – dall'altro si autorizzava il Governo a riordinare organicamente con propri decreti legislativi la disciplina dell'affidamento delle concessioni marittime in aderenza ai principi europei di libera concorrenza per come stabiliti e sostanziati nella direttiva *Bolkestein*, fornendo così alla Commissione europea le “idonee rassicurazioni” determinanti la chiusura della procedura di infrazione.

Il sistema normativo delineato dal decisore risultava parimenti inidoneo nel dare effettiva attuazione ai principi europei, constando questa diversa incompatibilità nell'ulteriore regime di proroga automatica delle concessioni che era stata disposta in attesa della (mancata) attuazione della riforma generale nel settore⁴⁶. Non a caso, a seguito di due rinvii pregiudiziali operati dal TAR Lombardia e dal TAR Sardegna, la Corte di Giustizia accertava con la sentenza del 14 luglio 2016 (cd. sentenza “*Promoimpresa*”) l'incompatibilità con le regole europee della “nuova” disciplina interna, sebbene pochi mesi dopo, nonostante le statuizioni del giudice europeo – rimandandone nel proseguo una più approfondita disamina – il decisore statuiva con l'articolo 1, commi 682 e 683, della L. n. 145/2018 una ulteriore proroga generalizzata delle concessioni, fino al 31 dicembre 2033⁴⁷.

Tale intervento, chiaramente distorsivo del mercato vista l'eccessiva durata dell'ivi prevista proroga e determinante un più gravoso «*disarmo dell'amministrazione*»⁴⁸, comportava così l'apertura della procedura d'infrazione n. 2020/4118, per motivazioni sovrapponibili a quelle della prima procedura⁴⁹, segnalandosi

⁴⁵ M. D'ORSOGNA, *Le concessioni demaniali marittime nel prisma della concorrenza: un nodo ancora irrisolto (commento a TAR Sardegna, sez. I, ord. 27 ottobre 2010, n. 473)*, in *Urb. e app.*, n. 5, 2011, p. 599 ss.

⁴⁶ Più specificamente, l'art. 1, comma 18, del D.L. 194/2009, nella sua originaria previsione, disponeva che «*Il termine di durata delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto e in scadenza entro il 31 dicembre 2015 è prorogato fino a tale data*», termine poi traslato, a seguito alle modifiche disposte dal D.L. n. 179/2012, «*al 31 dicembre 2020*».

⁴⁷ Tale “*dies ad quem*” avrebbe dovuto segnare, nell'intenzione del decisore, la cessazione dell'efficacia delle concessioni in vigore al momento dell'emanazione dell'atto, delle concessioni vigenti alla data di entrata della predetta L. n. 25/2010 nonché anche delle concessioni rilasciate successivamente a quest'ultima data, purché conseguite a seguito di una procedura amministrativa attivata anteriormente al 31 dicembre 2009.

⁴⁸ Sul significato e uso della nozione in esame quale forma di de-responsabilizzazione e disimpegno della pubblica amministrazione con gravi conseguenze sul godimento da parte di tutti i cittadini di un bene “comune” qual è l'accesso alle spiagge, A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 32 ss.

⁴⁹ Come posto in evidenza dalla Commissione europea, nell'ultima lettera di costituzione in mora del 2020, «*La reiterata proroga della durata delle concessioni balneari prevista dalla legislazione italiana scoraggia [...] gli investimenti in un settore chiave per l'economia italiana. Scoraggiando gli investimenti nei servizi ricreativi e di turismo balneare, la legislazione italiana impedisce, piuttosto che incoraggiare, la modernizzazione di questa parte importante del settore turistico italiano. La modernizzazione è ulteriormente ostacolata dal fatto che la legislazione rende di fatto impossibile l'ingresso sul mercato di nuovi ed innovatori fornitori di servizi*». Per una più ampia disamina sulla procedura, *ex multis*, G. MARCHEGANI, *La proroga al 2033 delle concessioni balneari nell'ottica della procedura d'infrazione avviata dalla Commissione europea*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 2, 2021, pp. 153 ss.

al riguardo che, nella prima fase dell'emergenza da Covid-19, il Governo aveva disposto l'arresto *ex lege* delle eventuali procedure selettive per l'assegnazione delle concessioni marittime⁵⁰.

In questo complesso contesto politico-normativo, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato interveniva in forma dirompente con le pronunce nn. 17 e 18 del novembre 2021. Rimandando a breve più approfondite osservazioni sul contenuto di queste cd. “*sentenze gemelle*”, è d'uopo mettere in luce che il supremo Consesso amministrativo non soltanto ha statuito l'illegittimità delle proroghe *ope legis*, ma ha anche fornito “indicazioni vincolanti” per il decisore, per l'amministrazione e (indirettamente) per gli operatori del settore, indicando al 31 dicembre 2023 il termine risolutivo dell'efficacia delle concessioni già oggetto di proroga e individuando nella disapplicazione il rimedio ad eventuali nuove traslazioni temporali, anche se disposte dal legislatore.

La maggioranza di governo, guidata dal Presidente del Consiglio Mario Draghi, recepiva quasi integralmente nelle disposizioni della L. n. 118/2022 questo «*slancio para-normativo*»⁵¹ del Consiglio di Stato. Invero, con la «*Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*», il precedente decisore aveva provveduto ad abrogare *expressis verbis* le disposizioni di cui alla citata L. n. 145/2018 e l'ivi prevista proroga al 31 dicembre 2033, “recuperando” dalle *sentenze gemelle* il termine risolutivo del 31 dicembre 2023 dell'efficacia delle concessioni prorogate negli anni precedenti⁵² e delegando (nuovamente) il Governo ad attuare la più volte annunciata riforma della disciplina del settore balneare⁵³.

3. L'apporto della giurisprudenza e i fondamenti del divieto a nuove proroghe

Uno dei primi dati che emerge dall'analisi sin qui svolta è, da un lato, l'immagine di un decisore temporeggiante rispetto all'obbligo di aprire effettivamente il settore delle concessioni marittime alla libera concorrenza in attuazione della disciplina europea, dall'altro, l'evidente “funzione suppletiva del legislatore”, svolta dalla giurisprudenza proprio a causa di questi tentennamenti.

⁵⁰ Segnatamente, con l'art. 182 del D.L. n. 34/2020 il decisore disponeva una moratoria delle procedure di selezione dei potenziali candidati, arresto ritenuto necessario per far fronte alle conseguenze economiche prodotte dall'emergenza epidemiologica in capo ai titolari di concessione marittima. Sulla gestione emergenziale del settore turistico-ricreativo, D. VITALE, *L'impatto dell'emergenza Covid-19 sulla tutela del turismo nell'Ordinamento interno*, in *federalismi.it*, n. 3, 2023, pp. 30-45.

⁵¹ A.M. SANDULLI, *Introduzione al numero speciale sulle “concessioni balneari” alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, in *Diritto e Società*, n. 3, 2021, p. 357

⁵² Si segnala al riguardo, come messo in rilievo in precedenza, che il decisore politico stabiliva come tale termine potesse essere ulteriormente esteso all'anno successivo soltanto in caso di oggettiva impossibilità di espletamento di procedura di evidenza pubblica per l'affidamento della concessioni.

⁵³ Sui principi individuati dalla L. n. 118/2022 per la revisione del settore, *ex multis*, M.C. GIRARDI, *Concorrenza, demanio marittimo e tutela dei diritti tra frammentazione giuridica ed esigenze di bilanciamento*, in *federalismi.it*, n. 17, 2022, pp. 60-82. Si segnala al riguardo che il 17 luglio 2023, come riportato [al sito istituzionale del governo](#), il Consiglio dei Ministri, ha approvato un decreto legislativo di attuazione della delega di cui all'articolo 2 della L. n. 118/2022, per la mappatura e la trasparenza dei regimi concessori di beni pubblici, disponendo la costituzione di un sistema informativo di rilevazione delle concessioni.

Al riguardo deve preliminarmente evidenziarsi che da una prima analisi del formante giurisprudenziale emerge un ruolo marginale della Corte costituzionale, giacché non solo essa non si è mai pronunciata direttamente sui sistemi di proroga statale, ma le pur numerose sentenze riguardanti la questione sono originate esclusivamente da ricorsi sollevati dallo Stato nei confronti delle legislazioni regionali⁵⁴.

In particolare, da un esame delle più risalenti statuizioni della giurisprudenza costituzionale, affiora l'esistenza di un orientamento della Corte, molto rigido, che ha demolito i sistemi “regionali” di proroga, ponendo quale motivo di illegittimità sia il mancato rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento europeo ai sensi dell'articolo 117, comma 1, sia la correlata invasione della competenza esclusiva statale in materia di «*tutela della concorrenza*» di cui al comma 2⁵⁵. Anche nei più recenti pronunciamenti si sono avute applicazioni severe di questo orientamento⁵⁶, come nel caso emblematico della sentenza n. 1/2019 con la quale è stata dichiarata l'illegittimità della legge della Regione Liguria n. 26/2017, ove la Corte ha chiaramente riaffermato che «[l]a fissazione di una durata minima e massima delle nuove concessione demaniali viene a disciplinare un oggetto riservato alla competenza dello Stato in materia di tutela della concorrenza», evidenziando al riguardo che la proroga regionale «*incide, in modo particolarmente accentuato, in ragione dell'eccessiva estensione della durata delle concessioni, poiché, anche alla luce del diritto europeo, “durate eccessive stimolano gestioni inefficienti”*»⁵⁷.

Come condivisibilmente osservato dalla dottrina⁵⁸, potrebbe leggersi nelle trame di questo rigido orientamento della giurisprudenza costituzionale, soprattutto laddove è richiamata l'incompatibilità delle

⁵⁴ Come messo in luce da G. AMATO, *Corte Costituzionale e Concorrenza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 3, 2017, p. 425, l'aumento dei ricorsi statali in materia di concessioni amministrative è da imputarsi soprattutto alla riscrittura dell'art. 117 Cost. e all'attribuzione al novero delle competenze di cui al comma 2 della «*tutela della concorrenza*», materia «*scapace di penetrare nei settori più diversi e di essere fonte di potenziali conflitti*». La natura peculiare di tale titolo competenziale sebbene, da un lato, abbia portato all'aumento dei conflitti legislativi, dall'altro ha anche circoscritto la Corte costituzionale al ruolo (p. 427) di «*semplice guardiana del confine fra Stato e Regioni*», determinando che «*ad essa non sono state condotte effettivamente condotte anti-concorrenziali, ma richiesti giudizi di leggi sulla base di ricorsi in via principale*». Ulteriormente, come esposto da R. BIN, *Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e principio di entropia*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, I, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 366, all'aumento dei ricorsi statali non è corrisposta una proporzionale crescita delle impugnative regionali, stante la persistente asimmetria dei motivi di ricorso ex art. 127 Cost. che «*ha imperniato per la Corte costituzionale lo sfavor per l'impugnazione delle leggi statali, superando anche il favor per l'adempimento degli obblighi comunitari*».

⁵⁵ A titolo esemplificativo, con la sentenza n. 180/2010 la Corte annullava l'art. 1 della legge dell'Emilia-Romagna n. 8/2009 con cui si dava facoltà ai concessionari di chiedere una proroga fino a 20 anni, poiché tale disposizione determinava «*Una ingiustificata compressione dell'assetto concorrenziale del mercato della gestione del demanio marittimo, invadendo una competenza spettante allo Stato, violando il principio di parità di trattamento di cui agli artt. 49 e ss. del TFUE, in tema di libertà di stabilimento, favorendo i vecchi concessionari a scapito degli aspiranti nuovi*». Dello stesso tenore anche le quasi coeve sentenze nn. 340/2010 e 213/2011.

⁵⁶ A titolo esemplificativo, C. cost., sentt. nn. 40/2017, 109/2018, 118/2018 nonché la più recente sentenza n. 171/2021.

⁵⁷ Con tale atto il legislatore regionale – al fine di «*stabilire adeguate garanzie per la conservazione del diritto alla continuità delle concessioni in atto*» e «*tutelare l'organizzazione sociale delle aree costiere*» – disponeva che «*Alle concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico ricreative attualmente vigenti, è riconosciuta l'estensione della durata della concessione di 30 anni dalla data di entrata in vigore della presente legge*».

⁵⁸ In tal senso, A. GRECO, *Il legislatore interviene (ancora) in materia di demanio marittimo. Problemi di costituzionalità e “tenuta” comunitaria nel bilanciamento tra tutela dell'affidamento, libera concorrenza e parità di trattamento*, in *federalismi.it*, 6 luglio 2011.

norme regionali con il diritto europeo, un certo sfavore rispetto a proroghe eccessivamente prolungate, potendo valere ciò, a pena di irragionevolezza, anche per quelle disposte dal legislatore nazionale.

Anche al netto di un ipotetico e implicito sfavore, la posizione “(in)volontariamente laterale” del Giudice delle leggi è stata, di recente, testimoniata dall’ordinanza n. 154/2022, resa in sede di conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato su ricorso di alcuni parlamentari proprio avverso le sentenze dell’Adunanza Plenaria del novembre 2021, con cui è stata dichiarata inammissibile la questione per carenza di legittimazione dei ricorrenti⁵⁹, senza nulla osservarvisi, neppure *incidenter tantum*, circa la correttezza e la fondatezza dell’operato del Consiglio di Stato.

A fronte del *restraint* del giudice costituzionale, si è registrato nella materia delle concessioni marittime una ben più incisiva e attiva posizione del Corte di Giustizia nella determinazione di regole vincolanti le istituzioni europee e nazionali, potendosi individuare la fonte di questo ruolo propulsivo nella sua stessa «*giurisprudenza creatrice*»⁶⁰ e nel riuscito uso dello strumento del rinvio pregiudiziale attraverso cui la Corte è riuscita a fornire anzitutto ai «*piccoli giudici*»⁶¹, e più in generale, agli Stati membri e a tutti i soggetti pubblici e privati, le proprie soluzioni interpretative sul superamento delle cd. “antinomie comunitarie”⁶². Queste coordinate sui ruoli delle diverse “Corti Supreme”⁶³, nell’attuale assetto di *multilevel governance* del settore, risultano necessarie per comprendere la *ratio* e il contenuto della “regola”, scolpita testualmente nelle *sentenze gemelle* sulla decadenza generalizzata al 31 dicembre 2023 delle concessioni e sull’obbligo di

⁵⁹ A sostegno dell’inammissibilità del ricorso la Corte ha evidenziato che la sfera d’attribuzione menomata secondo la ricostruzione dei ricorrenti non aveva come oggetto (astratto) le prerogative costituzionali proprie del singolo parlamentare, ma la funzione legislativa delle Camere. Su quest’ultimo punto, *ex multis*, C.P. GUARINI, *Spunti ricostruttivi sulla (problematica) legittimazione del singolo parlamentare al conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2019, pp. 1-46.

⁶⁰ G. DI PLINIO, *Il Mostro di Bolkestein in spiaggia. La 'terribile' Direttiva e le concessioni balneari, tra gli eccessi del Judicial Italian Style e la crisi del federalizing process in federalismi.it*, n. 7, 2020, p. 6-7, il quale osserva criticamente che «*Come tutte le corti “supreme”, la Corte di giustizia dell’Unione Europea ha proceduto a una vera e propria manipolazione integrativa dei Trattati, riconfigurandone la portata, le strumentazioni e il sistema delle fonti mediante una linea giurisprudenziale funzionalista, orientata dal fine della costruzione e della tutela del mercato unico e dell’integrazione europea. Essa ha utilizzato un pugno di attrezzi logico-giuridici [...] per trarre una nutrita serie di conseguenze, tra le quali la supremazia del diritto europeo sulle fonti nazionali, comprese le fonti di rango costituzionale*».

⁶¹ B. NASCIMBENE, *Il rinvio pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia dell’Unione europea: disciplina e indicazioni pratiche*, in *federalismi.it*, paper 12 luglio 2023, p. 4, ove l’Autore osserva che «*La Corte ha esercitato, e continua ad esercitare un ruolo propulsivo ed anche creativo del diritto dell’Unione, contribuendo in modo rilevante alla costruzione del sistema di diritto UE, talora sostituendosi o, addirittura, colmando le lacune delle istituzioni nel quadro del processo legislativo dell’Unione*».

⁶² Si precisa e anticipa sul punto che, alla luce dell’osservata inter-dipendenza tra gli ordinamenti, le antinomie tra il diritto interno ed il diritto euro-unionale non possono essere superate attraverso un astratto confronto tra le norme, ma, considerata la portata del principio di attribuzione e del riparto di competenze tra l’Unione Europea e gli Stati membri, alla luce della riconosciuta *primauté* del diritto euro-unionale, esse necessitano di un previo apprezzamento in concreto. In tal senso, G. SCACCIA, *L’incompatibilità tra norma interna e norma comunitaria come ipotesi di incompetenza alla luce dell’art. 117, primo comma, della Costituzione*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, IV, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, p. 3332 ss.

⁶³ Deve registrarsi al riguardo la parziale corrispondenza tra la posizione del Consiglio di Stato con quella della Corte di Cassazione, resa palese dalle recenti sentenze delle Sezioni Unite nn. 15676/2022 e 4591/2023, nelle quali gli Ermellini hanno richiamato espressamente e “adoperato” i principi stabiliti dall’Adunanza plenaria. Per una disamina sul punto, 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 *amministrativamente*, n. 2, 2022, p. 78-80.

disapplicazione di eventuali nuove proroghe, originando essa dal circuito dialogico tra giudici nazionali e Corte di Giustizia, costituente il particolare *humus* materiale di un “norma giurisprudenziale” poggiante sull’interrelazione di tre pronunce, le quali ne costituiscono e costruiscono la “sostanza cogente”.

La prima colonna della “tricefala” regola giurisprudenziale è rappresentata, in ordine temporale, dalla sentenza *Promoimpresa* della Corte di Giustizia⁶⁴, snodo fondamentale pur nella riconosciuta «normalità»⁶⁵ delle sue statuizioni, aventi ad oggetto la compatibilità delle proroghe legislative nazionali, in primo luogo con l’articolo 12 della direttiva n. 2006/123 e, in secondo luogo, con i principi della libertà di stabilimento, di non discriminazione e di tutela della concorrenza, di cui agli articoli 49, 56, e 106 del TFUE.

In relazione al primo quesito, la Corte ha osservato che «*Le concessioni demaniali marittime e lacuali rilasciate dalle autorità pubbliche che mirano allo sfruttamento di un’area demaniale a fini turistico-ricreativi possono essere qualificate come autorizzazioni, ai sensi delle disposizioni della direttiva n. 2006/123/CE*»⁶⁶, rimettendo al giudice nazionale la verifica concreta sulla sussistenza delle condizioni – numero di autorizzazioni, scarsità delle risorse naturali e capacità tecniche utilizzabili – previste dall’art. 12 della *Bolkestein*⁶⁷, obbliganti la messa a gara delle autorizzazioni e dichiarando sulla scorta di ciò, il principio di diritto secondo cui tale articolo «*deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati*».

Con riferimento al secondo quesito, la Corte ha preliminarmente precisato che «*la questione relativa al contrasto con le norme primarie si pone nella misura in cui non è applicabile l’articolo 12 della direttiva*»⁶⁸ stante l’intervento di una armonizzazione completa nella materia, evidenziando al riguardo come il caso italiano delle concessioni balneari, per come descritto dai giudici comuni nei procedimenti principali, fosse comunque “attratto” nell’ambito applicativo dell’art. 49 TFUE che vieta disparità di trattamento in base alla nazionalità. In particolare, la Corte ha messo in rilievo che l’obbligo per le amministrazioni nazionali di affidare le concessioni balneari secondo le regole fondamentali europee, e più specificamente del principio di non discriminazione, sorge ogni qualvolta detto affidamento presenti «*un interesse transfrontaliero certo*»⁶⁹, rimettendo al giudice nazionale la valutazione sulla sua concreta sussistenza⁷⁰.

Dinnanzi alle motivazioni poste a sostegno della necessità di prorogare *ex lege* la durata delle concessioni marittime – in particolare, la tutela di un legittimo affidamento dei concessioni – la Corte, evidenziando

⁶⁴ Corte giust., 14 luglio 2016, in cause C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa srl e a. c. Consorzio dei comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro e a.*, ECLI:EU:C:2016:558.

⁶⁵ In questo senso, G. DI PLINIO, *Il Mostro di Bolkestein in spiaggia*, cit., p. 12.

⁶⁶ Cfr. punto 41 della sentenza *Promoimpresa*, cit.

⁶⁷ Cfr. punto 45 della sentenza *Promoimpresa*, cit.

⁶⁸ Punto 62 della sentenza *Promoimpresa*, cit.

⁶⁹ Punto 65 della sentenza *Promoimpresa*, cit.

⁷⁰ Punto 68 della sentenza *Promoimpresa*, cit.

che eventuali disparità di trattamento potrebbero anche essere giustificate «*da motivi imperativi di interesse generale, in particolare dalla necessità di rispettare il principio della certezza del diritto*»⁷¹, ha tuttavia messo in luce che nei concreti casi rimessi alla propria attenzione dal giudice comune, essendo per essi riconoscibile l'esistenza di un chiaro interesse transfrontaliero ancor prima dell'entrata in vigore delle diverse leggi di proroga adottate a partire dal primo tentativo di riforma, non possano dirsi inverate le ragioni legittimanti la salvaguardia di un particolare affidamento dei concessionari uscenti su detti atti legislativi⁷², giungendo così a dichiarare il secondo principio di diritto ai sensi del quale «*L'art. 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale che consente una proroga automatica delle concessioni [...] nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo*».

L'accoglimento interno della pronuncia è stato alquanto controverso.

Mentre il decisore vi “reagiva” con la predetta proroga al 2033, nella giurisprudenza s'è assistito al fiorire di due letture divergenti, concernendo i principali profili problematici sia la contestata natura auto-applicativa della direttiva *Bolkestein* sia le modalità di accertamento degli elementi fattuali – scarsità di risorse e interesse transfrontaliero certo – la cui (disgiunta) sussistenza era indicata dalla Corte di Giustizia come necessaria e sufficiente affinché le concessioni marittime fossero da mettersi a gara. In particolare, circa il primo di tali profili problematici, l'interpretazione maggioritaria, sul rilievo della riconosciuta natura *self-executing* della direttiva, considerava illegittimi gli atti rilascianti le proroghe, ritenendo che ogni autorità pubblica avrebbe dovuto affidare le concessioni in armonia con le regole europee⁷³. Al contrario, l'interpretazione isolata e minoritaria del TAR Lecce, negando la diretta e immediata applicazione della direttiva *Bolkestein*, affermava la legittimità, in assenza di una dichiarazione di incostituzionalità della normativa interna, dei provvedimenti posterganti l'efficacia delle concessioni al 2033⁷⁴.

Da questa “frattura” hanno tratto origine sia la colonna portante della regola giurisprudenziale, ovvero sia le pronunce nn. 17 e 18 del Consiglio di Stato⁷⁵, sia la sua più recente “testa”, rappresentata dalla sentenza della Corte di Giustizia nella causa “*AGCM c. Comune di Ginosa*” dell'aprile 2023, rispettivamente emanate

⁷¹ Punto 71 della sentenza *Promoimpresa*, cit.

⁷² Punto 73 della sentenza *Promoimpresa*, cit.

⁷³ A titolo esemplificativo di questa posizione rigida, *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, sentenza n. 7874/2019; Cons. Stato, sez. IV, sentenza n. 1416/2021, ove è chiaramente specificato che «*La spiaggia è infatti un bene pubblico demaniale, e perciò inalienabile e impossibilitato a formare oggetto di diritti a favore di terzi sicché proprio la limitatezza nel numero e nell'estensione, oltre che la natura prettamente economica della gestione (fonte di indiscussi guadagni), giustifica il ricorso a procedure comparative per l'assegnazione [...]*».

⁷⁴ Per una disamina più accurata di questo orientamento “eterodosso”, E. CHITI, *False piste: Il Tar Lecce e le concessioni demaniali marittime*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3, 2021, pp. 801-817. Si segnala sul punto che nella sentenza n. 73/2021 il TAR ha posto a sostegno della propria posizione una distinzione “qualitativa” tra regolamenti europei e direttive *self-executing*, ritenendo che in presenza di queste ultime sia ugualmente precluso alla P.A. la disapplicazione diretta della norma nazionale, potendo, secondo questa tesi, solo il giudice effettuare la complessa attività interpretativa sull'esistenza delle caratteristiche che rendono direttamente applicabile un atto per sua natura normalmente privo di effetti diretti.

⁷⁵ Cons. Stato, Adunanza Plenaria, sentenze 9 novembre 2021, n. 17 e n. 18 (cd. *sentenze gemelle*).

per la risoluzione di tre questioni rimesse all'Adunanza Plenaria e su rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, sollevato dal TAR Lecce, per la risoluzione di nove diversi quesiti.

Delle *sentenze gemelle* sono state esposte sinteticamente alcune delle soluzioni enunciate nei principi di diritto, necessitandosi ora di una ricostruzione sistematica del loro contenuto, rilevato che esse hanno avuto e ancora hanno «notevoli implicazioni giuridiche, politiche, economiche e sociali»⁷⁶. Come facilmente deducibile, lo slancio senza precedenti il Consiglio di Stato ha dovuto trovare nel diritto europeo il proprio principale referente argomentativo per legittimare la “fuoriuscita” dalla cornice ordinaria del diritto interno, individuandolo nella sentenza *Promoimpresa*.

Segnatamente, richiamati e valutati autonomamente i due punti focali della pronuncia, l'Adunanza plenaria ha primariamente sconfessato la tesi della natura non *self-executing* della direttiva *Bolkestein*⁷⁷, riconoscendo quale primario precipitato logico-giuridico di tale assunto sia l'illegittimità delle proroghe generalizzate delle concessioni marittime al 2033⁷⁸, sia anche l'illegittimità della moratoria di cui al citato D.L. n. 34/2020. In particolare, il Consiglio di Stato, in relazione alla sussistenza degli elementi fattuali indicati dalla *Promoimpresa*⁷⁹, ha individuato la loro fonte di riconoscimento nella conformazione tipologica dei beni oggetto di concessione balneare, i quali, per un verso «valutati unitariamente e complessivamente, costituiscono uno dei patrimoni naturalistici più rinomati e attrattivi del mondo»⁸⁰, per l'altro invece, considerato l'esiguo quantitativo di bene demaniale ancora “libero”, «rappresentano una risorsa naturale scarsa»⁸¹.

Sulla scorta di tali motivi, l'Adunanza Plenaria, in relazione alla prima questione ad essa sottoposta, ha rigettato la tesi esposta dal TAR Lecce sull'inoperatività del dovere disapplicativo gravante sull'amministrazione nel caso in cui l'antinomia “comunitaria” avesse avuto quale termine di riferimento non un regolamento – risultando in tal caso sempre dovuta la disapplicazione generalizzata – ma una

⁷⁶ F. FERRARO, *Diritto dell'Unione Europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'Adunanza plenaria?*, in *Diritto e Società*, n. 3, 2021, p. 360.

⁷⁷ Punto 26 delle *sentenze gemelle*, cit. L'Adunanza Plenaria evidenzia che «L'art. 12 persegue l'obiettivo di aprire il mercato delle attività economiche il cui esercizio richiede l'utilizzo di risorse naturali scarse, sostituendo, ad un sistema in cui tali risorse vengono assegnate in maniera automatica a chi è già titolare di antiche concessioni, un regime di evidenza pubblica che assicuri la par condicio fra i soggetti potenzialmente interessati. Rispetto a tale obiettivo, la disposizione ha un livello di dettaglio sufficiente a determinare la non applicazione della disciplina nazionale che prevede la proroga fino al 2033 e ad imporre, di conseguenza, una gara rispettosa dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità, non discriminazione».

⁷⁸ Cfr. punto 28 delle *sentenze gemelle*, cit.

⁷⁹ Cfr. punto 29 delle *sentenze gemelle*, cit.

⁸⁰ Punto 12 delle *sentenze gemelle*, cit. L'Adunanza plenaria precisa al riguardo che «Non vi è dubbio che le spiagge italiane (così come le aree lacuali e fluviali) per conformazione, ubicazione geografica e attrazione turistica presentino tutte e nel loro insieme un interesse transfrontaliero certo, il che implica che la disciplina nazionale che prevede la proroga automatica e generalizzata si pone in contrasto con gli articoli 49 e 56 del TFUE, in quanto è suscettibile di limitare ingiustificatamente la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi nel mercato interno, a maggior ragione in un contesto di mercato nel quale le dinamiche concorrenziali sono già particolarmente affievolite a causa della lunga durata delle concessioni attualmente in essere».

⁸¹ Punto 25 delle *sentenze gemelle*, cit. A sostegno della propria valutazione, richiamati i dati del sistema informativo del demanio marittimo (SID), l'Adunanza plenaria ha svolto un'analisi generale del territorio costiero italiano, rilevando che la correlazione tra perdita di costiera per ragioni ambientali, inquinamento, erosione naturale e sfruttamento antropologico, ha reso quantitativamente scarso o insussistente il bene concedibile.

direttiva *self-executing*, ritenendo tale soluzione foriera di aporie sistemiche e in contrasto con il primato del diritto europeo⁸². Rispetto alle soluzioni alternative alla disapplicazione generalizzata delle proroghe in ragione della direttiva *Bolkestein*, il Consiglio di Stato ha inoltre precisato come l'incidente di costituzionalità possa trovare cittadinanza nel sistema risolutivo delle antinomie comunitarie soltanto nei casi in cui la legge nazionale o entri in contrasto con una direttiva non auto-esecutiva o «*contrasti con i diritti fondamentali della persona tutelati sia dalla Costituzione sia dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*», specificando che «*nessuna delle due "eccezioni" ricorre nel caso di specie, perché le norme violate sono self-executing e non vengono in rilievo diritti fondamentali della persona costituzionalmente protetti*»⁸³, rilevando circa su quest'ultimo argomento l'insussistenza di un affidamento dei concessionari rispetto alle (illegittime) proroghe legislative, fondante pretese circa il mantenimento dell'autorizzazione⁸⁴.

Circoscritte così tali argomentazioni nell'enunciazione del primo principio di diritto⁸⁵, l'Adunanza Plenaria, valutando la portata prorompente delle proprie statuizioni⁸⁶, ha reputato «*necessaria una modulazione degli effetti temporali della propria decisione*», anche e soprattutto al fine di consentire al Governo e al Parlamento «*di approvare doverosamente una normativa che possa riordinare la materia e disciplinare in conformità con l'ordinamento comunitario*» e permettere alle amministrazioni di procedere «*sin d'ora alle operazioni funzionali all'indizione di procedure di gara*»⁸⁷. L'Adunanza Plenaria, richiamando a sostegno della propria decisione un proprio precedente⁸⁸, ha individuato al 31 dicembre 2023 il termine «*congruo*» per permettere ai soggetti

⁸² Cfr. punto 34 delle *sentenze gemelle*, *cit.* Segnatamente l'Adunanza Plenaria ha messo in luce al punto che «*Anche ad ammettere che la legge in contrasto con la direttiva self-executing non sia disapplicabile dalla P.A. ma solo dal giudice, rimarrebbe fermo che l'atto amministrativo emanato in base ad una legge poi riconosciuta anti-comunitaria in sede giurisdizionale sarebbe comunque illegittimo e, come tale, andrebbe annullato. E allora, nel momento in cui la P.A. ha comunque deciso di "non applicare" quella legge (negando la proroga) e il privato ha sottoposto al vaglio giurisdizionale l'atto amministrativo frutto di quella non applicazione, il giudice, che certamente ha il potere di non applicazione, non potrebbe che prendere atto della legittimità dell'atto e respingere il ricorso. Altrimenti si dovrebbe ritenere che nemmeno il giudice può disapplicare la legge che la P.A. ha applicato, con chiara violazione di consolidati principi sui rapporti tra ordinamenti nazionale e comunitario*».

⁸³ Punto 36 delle *sentenze gemelle*, *cit.* Il richiamo testuale dell'Adunanza Plenaria è a Corte cost., sent. n. 219/2017.

⁸⁴ Cfr. punto 38 delle *sentenze gemelle*, *cit.* L'Adunanza Plenaria ha precisato che «*Tali condizioni – in primo luogo, assicurazioni precise, incondizionate e concordanti, provenienti da fonti autorizzate ed affidabili che devono essere state fornite all'interessato dall'amministrazione, in secondo luogo, assicurazioni che devono essere idonee a generare fondate aspettative nel soggetto cui si rivolgono, in terzo luogo, assicurazioni conformi alle norme applicabili – non sussistono nella materia in esame, specie se si considera che, ancor prima e a prescindere dalla direttiva 2006/123, il Consiglio di Stato aveva già affermato che per le concessioni demaniali la sottoposizione ai principi della concorrenza e dell'evidenza pubblica trova il suo presupposto sufficiente nella circostanza che con la concessione si fornisca un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato*».

⁸⁵ L'Adunanza Plenaria nella enunciazione del secondo principio di diritto ha statuito la sostanziale inefficacia dei provvedimenti di rilascio delle proroghe delle concessioni, anche in presenza di un giudicato favorevole.

⁸⁶ Punto 46 delle *sentenze gemelle*, *cit.*, ove l'Adunanza Plenaria ha evidenziato l'esistenza «*di una situazione di incertezza derivata dalle numerose proroghe, che sarebbe ulteriormente alimentata dall'improvvisa cessazione di tutti i rapporti concessori in atto, come conseguenza della immediata non applicazione della legge nazionale incompatibile con il diritto dell'Unione*».

⁸⁷ Punto 47 delle *sentenze gemelle*, *cit.*

⁸⁸ Il riferimento testuale è la sentenza della stessa Plenaria n. 13 del 2017. In detta pronuncia, richiamata la possibilità per la Corte di Giustizia di disporre della portata temporale delle proprie decisioni e le (rare) occasioni in cui anche il Giudice delle leggi ne ha fatto applicazione, il Consiglio di Stato ha posto in rilievo che tale facoltà (auto-attribuita) fosse da ritenersi ammissibile anche per le proprie sentenze, in presenza di due eccezionali condizioni: «*L'impellente necessità di tutelare uno o più principi costituzionali i quali, altrimenti, risulterebbero irrimediabilmente compromessi da una decisione di mero*

istituzionali di attivarsi e superare le criticità derivate dal regime di proroghe, ribadendo con vigore che alla sua scadenza «*le concessioni in essere dovranno considerarsi prive di effetto, indipendentemente da se vi sia – o meno – un soggetto subentrante nella concessione*»⁸⁹.

La portata indubbiamente innovativa delle *sentenze gemelle* ha determinato notevoli conseguenze sul piano politico e istituzionale. Se in un primo momento il legislatore con l’emanazione della L. n. 118/2012 si è uniformato ai principi enunciati dal Consiglio di Stato⁹⁰, in seguito, tuttavia, anche a causa del cambio di maggioranza di governo, ha mutato drasticamente il proprio indirizzo politico con l’introduzione del termine del 31 dicembre 2024 ad opera della L. n. 14/2023.

In questo rinnovato e inedito clima di incertezza, la Corte di Giustizia ha statuito nell’aprile 2023 con la menzionata sentenza *AGCM c. Comune di Ginosa* sulle nove questioni poste dal TAR Lecce⁹¹, trasparendo da una prima lettura della “terza colonna della regola giurisprudenziale” interessanti profili di conformità e difformità rispetto a quanto deciso più di un anno prima dal Consiglio di Stato, affiorando in particolare tre principali elementi che, combinati con le predette e descritte “teste”, restituiscono le diverse ed eterogenee “raffigurazioni” della regola giurisprudenziale.

In primo luogo, la Corte di Giustizia, in conferma dell’argomentazione esposta nelle *sentenze gemelle*, ha precisato che l’articolo 12 della direttiva n. 2006/123 «*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*»⁹², rigettando al riguardo il dubbio di validità, sollevato dal giudice rimettente, circa presunte violazioni procedimentali nell’approvazione della direttiva

*accogliamento e la circostanza che la compressione degli effetti retroattivi sia limitata a quanto strettamente necessario per assicurare il contenimento dei valori in gioco». In senso critico rispetto all’esistenza di un tale potere, A. CASSATELLA, Vincolo preliminare derivante dalle proposte di dichiarazione di notevole interesse pubblico, formulate prima dell’entrata in vigore del codice dei beni culturali e del paesaggio, in *Dir. proc. amm.*, n. 3, 2018, p. 1134 ss.*

⁸⁹ Nelle conclusioni della pronuncia, ai punti in diritto 48 e 49, l’Adunanza plenaria ha offerto al decisore il proprio “paradigma” per una riforma generale della materia in conformità ai dettati del diritto europeo, ritenendo in particolare che la tutela dell’affidamento di quei titolari di concessioni balneare – i quali avevano, in ragione delle proroghe, investito nel miglioramento del bene – possa venire in rilievo (solo) nel momento “genetico” dell’indizione delle procedure di affidamento attraverso il riconoscimento (eventuale) di un indennizzo a tutela degli investimenti.

⁹⁰ Ad esempio, il TAR Salerno con le sentenze nn. 887-891 del 2023, da un lato ha ribadito l’illegittimità delle proroghe al 2033, dall’altro ha dichiarato improcedibili i ricorsi proposti contro il rilascio delle proroghe al 2023 per l’intervento della L. 118/2022, ritenuta legge-provvedimento che «*provvede direttamente ed immediatamente a regolare il trattamento giuridico di tutte le concessioni con finalità turistico-ricreative in essere al momento della sua entrata in vigore, disponendo concretamente su casi e rapporti determinati ed introducendo una disciplina della fattispecie che si sostituisce, sul piano della fonte e degli effetti, a quella dettata dal provvedimento*».

⁹¹ Corte giust., 20 aprile 2023, causa C-348/22, *AGCM c. Comune di Ginosa*, ECLI:EU:C:2023:301.

⁹² Punto 69 della sentenza *AGCM c. Comune di Ginosa cit.*

*Bolkestein*⁹³, rilevando a tal proposito non necessaria la verifica, ai fini della sua operatività immediata, sulla sussistenza anche di un interesse transfrontaliero certo⁹⁴.

In secondo luogo la Corte, dissentendo parzialmente rispetto a quanto esposto e statuito dal Consiglio di Stato, ha ritenuto conforme all'articolo 12 della direttiva, la scelta di approccio valutativo «*caso per caso*» sull'esistenza dell'ivi previsto requisito della scarsità delle risorse naturali⁹⁵, ritendo che «*la combinazione di un approccio basato su un'analisi del territorio costiero del comune in questione, e di un approccio generale e astratto, a livello nazionale, risulta equilibrata e, pertanto, idonea a garantire il rispetto di obiettivi di sfruttamento economico delle coste*»⁹⁶ ed evidenziando al riguardo la necessità che la scelta in ogni caso «*si basi su criteri obiettivi, non discriminatori, trasparenti e proporzionati*»⁹⁷.

In terzo e ultimo luogo, sulla scorta della ribadita natura *self-executing* della direttiva n. 2006/1234, in replica al dubbio sollevato dal giudice comune sulla inoperatività dell'obbligo disapplicativo per i funzionari pubblici in caso di direttive *self-executing*, la Corte, richiamando e confermando la propria giurisprudenza precedente, ha precisato che l'obbligo di disapplicazione della legge nazionale incombe sia sul giudice nazionale sia anche sulle autorità amministrative, comprese quelle comunali, dovendo/potendo la P.A. valutare la sussistenza dei requisiti obbliganti alla messa a gara delle concessioni balneari⁹⁸.

4. Le criticità sistemiche delle proroghe legislative: alcuni spunti ricostruttivi

L'analisi dei formanti in materia di concessioni marittime ha restituito un labirintico quadro normativo che rischia di “deflagrare” alla scadenza del più volte menzionato termine del 31 dicembre 2023, recando così gravi conseguenze sotto il profilo socio-istituzionale. Infatti, a partire da questo *dies*, in assenza di

⁹³ Cfr., punto 59 della sentenza *AGCM c. Comune di Ginosa cit.*

⁹⁴ Cfr., punto 41 della sentenza *AGCM c. Comune di Ginosa cit.*

⁹⁵ Cfr., punto 46 della sentenza *AGCM c. Comune di Ginosa cit.*

⁹⁶ Punto 47 della sentenza *AGCM c. Comune di Ginosa cit.*

⁹⁷ Punto 48 della sentenza *AGCM c. Comune di Ginosa cit.*

⁹⁸ Si precisa al riguardo che la Corte, al punto 82, ha rifiutato di statuire sulla questione pregiudiziale rimessa dal TAR – Lecce, avente ad oggetto la compatibilità tra l'art. 49 del codice della navigazione (ove si prevede che all'atto di cessazione della concessione «*tutte le opere non amovibili restano acquisite allo Stato senza alcun compenso o rimborso*») e la tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento europeo, ritenendo che «*Nel caso di specie, la controversia di cui trattasi nel procedimento principale riguarda la proroga delle concessioni e non già la questione del diritto, in capo a un concessionario, di ottenere, alla scadenza della concessione, un qualsivoglia compenso per le opere inamovibili che esso abbia costruito sul terreno affidatogli in concessione*». Tale questione è stata posta all'attenzione della Corte di Giustizia nel recente rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato, con l'ordinanza n. 8010 del 5 settembre 2022. Oltre a tale punto problematico, come acutamente osservato in G. GRECO, *La Corte di giustizia ritorna sulle concessioni balneari precisandone le regole: problemi superati e problemi ancora aperti in sede di applicazione nazionale del diritto UE*, in *federalismi.it*, n. 14, 2023, p. 126 ss., la sentenza, lungi dal risolvere le questioni ancora aperte, ha offerto un significativo motivo di dibattito in ragione di due motivazioni. La prima concerne “l'accoglimento” della sentenza nell'ordinamento interno, in quanto la Corte non ha preso posizione sul punto più controverso delle sentenze gemelle, ovvero la postergazione dei suoi effetti caducanti al 31 dicembre 2023. La seconda motivazione riguarda, invece, l'attuazione dell'obbligo di disapplicazione delle proroghe in ragione della riconosciuta diretta efficacia della direttiva *Bolkestein* la quale, come a breve si porrà in evidenza, rischia di ingenerare effetti verticali invertiti nei confronti dei titolari di concessione “prorogata”.

ulteriori interventi del decisore politico o di altri soggetti, verranno ad essere alla concreta attenzione degli operatori del settore balneare e dei funzionari amministrativi tre confliggenti “direttive” sulla sorte delle concessioni variamente prorogate in ragione dei diversi provvedimenti legislativi:

1) La regola giurisprudenziale, fondata sulla complessa integrazione delle analizzate *sentenze gemelle* del Consiglio di Stato e delle pronunce *Promoimpresa* e *AGCM c. Comune di Ginosa*. La “norma” in questione statuisce quale *prius* logico-giuridico l’efficacia diretta della direttiva *Bolkestein*, affermando sulla scorta di ciò sia l’illegittimità delle proroghe generalizzate, sia l’obbligo per ogni articolazione dello Stato di disapplicare gli atti contrastanti con le regole europee. Rispetto a questo nucleo normativo “forte”, comune alle tre sentenze e traente la propria forza dalla primazia del diritto europeo e dalla vincolatività delle pronunce della Corte di Giustizia, si riscontra un enunciato prescrittivo più debole – essendo esso contenuto solamente nei predetti principi di diritto pronunciati dall’Adunanza Plenaria – secondo cui l’efficacia delle concessioni prorogate dovrà tassativamente cessare il 31 dicembre 2023⁹⁹.

2) La regola individuata nella L. n. 118/2022. L’atto in questione ha statuito, da un lato, l’abrogazione espressa di tutti i precedenti atti normativi di proroga fino al 2033 delle concessioni balneari con relativa fissazione al 31 dicembre 2023 del termine risolutivo alla loro efficacia, dall’altro ha esplicitato l’intenzione politica, *sub* delega legislativa al Governo (ancora inattuata), di riformare in “senso comunitario” il settore marittimo previa mappatura del territorio balneare nazionale, fornendo alle amministrazioni locali il predetto termine “breve”, analogo a quello indicato dal supremo Consesso amministrativo, per adeguare ai nuovi principi regolatori l’affidamento delle autorizzazioni demaniali.

3) La regola elaborata dall’attuale decisore nella L. n. 14/2023. L’atto in esame se per un verso, sotto il profilo letterale¹⁰⁰, sembra aver limitato il proprio oggetto materiale alla mera modifica temporale del termine risolutivo di cui alla L. n. 118/2022 – posticipandolo almeno al 31 dicembre 2024 e ponendo, al contempo, una moratoria all’affidamento delle concessioni – dall’altro sembra essere, almeno sotto un profilo prettamente politico, manifestazione di un indirizzo di maggioranza che appare (ancora) contrario alla piena attuazione dei principi europei nella materia in esame¹⁰¹.

Riprendendo le coordinate illustrate in premessa sul fenomeno della crisi della legalità e sulla figura della disapplicazione, a parere di chi scrive, il conflitto tra i tre summenzionati precetti sul “futuro” delle

⁹⁹ Si precisa sul punto che la percepita portata vincolante dei principi stabiliti dall’Adunanza plenaria è stata ribadita con vigore dalla VI sezione del Consiglio di Stato nelle recenti sentenze nn. 2192/2023 e 7992/2023 con le quali il supremo Consesso amministrativo ha affermato che «sulla base di quanto affermato dall’Adunanza Plenaria, con le sentenze nn. 17 e 18 del 2021, non solo i commi 682 e 683, ma anche la nuova norma contenuta nella L. n. 14 del 2023, 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 e va, conseguentemente, disapplicata da qualunque organo dello Stato».

¹⁰⁰ Per una disamina sulla problematica dell’interpretazione degli atti legislativi, *ex plurimis*, R. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004.

¹⁰¹ Si vedano, in proposito, le affermazioni del Presidente del Consiglio dei Ministri nella [replica alla lettera](#) di alcune organizzazioni degli operatori del settore balneare.

concessioni marittime può essere letto e risolto, semplificando anzitutto la questione nella misura in cui deve escludersi che l'assunto "debole" della regola giurisprudenziale sia legittimamente individuabile come norma giuridica appartenente al sistema costituzionale delle fonti del diritto. A sostegno di questa opinione, si pongono a fondamento due principali osservazioni di carattere formale e contenutistico.

In primo luogo deve osservarsi che, nella elaborazione di una regola vincolante *pro futuro* tutti i soggetti pubblici e privati, il Consiglio di Stato sembra aver chiaramente esorbitato dall'ordinario esercizio della funzione di «attuazione del diritto al caso concreto»¹⁰², avendo al contrario assunto la titolarità di una funzione materialmente normativa nella creazione di un precetto innovativo¹⁰³, non trovando copertura nel diritto nazionale o europeo né tale funzione né l'atto di cui esso è espressione¹⁰⁴.

Oltre alla determinazione di «*problemi sistemici di compatibilità con il circuito della rappresentanza*»¹⁰⁵, lo sconfinamento della funzione giurisdizionale¹⁰⁶ e, segnatamente l'individuazione *ex se* da parte del Consiglio di Stato del termine *ad quem* per la decadenza generalizzata delle concessioni, hanno invero comportato la genesi di una anomalia istituzionale dal momento in cui i principi enunciati dell'Adunanza plenaria, per un verso, sono (ancora) esposti al possibile annullamento in sede di ricorso per Cassazione per eccesso di potere giurisdizionale¹⁰⁷, dall'altro essi hanno assunto uno spazio di competenza tale da

¹⁰² S. SATTA, *Giurisdizione*, in *Enc. Dir.*, Vol. XIX, Giuffrè, Milano, p. 219.

¹⁰³ Soccorrono nell'individuazione del vizio in esame le osservate considerazioni di Vittorio Italia sulla disapplicazione come procedimento bi-fasico. Se per un verso l'Adunanza plenaria ha legittimamente individuato nella disapplicazione il rimedio al contrasto tra diritto nazionale ed europeo causato da proroghe eccessivamente lunghe, ritenendo – fase negativa – non operativo il primo, dall'altro, nella individuazione della regola della cessazione generalizzata al 31 dicembre – fase positiva – essa non ha ripreso o applicato norme già esistenti nell'ordinamento o in altre fonti, ma ha *ad hoc* creato una nuova norma.

¹⁰⁴ In questo senso, ad esempio, R. DIPACE, *L'incerta natura giuridica delle concessioni demaniali marittime: verso l'erosione della categoria*, in *Diritto e Società*, n. 3, 2021 p. 420, il quale asserisce che «Nella sostanza il Consiglio di Stato si è fatto "legislatore" individuando un termine di decadenza non previsto da alcuna disposizione normativa e, peraltro, del tutto disancorato dall'esercizio di qualsiasi potere amministrativo di ritiro o revisione dei precedenti provvedimenti adottati». Si consideri al riguardo che la Corte di Giustizia, nella sentenza *AGCM c. Comune di Ginosa*, non ha preso posizione sul termine del 31 dicembre 2023, avendo la pronuncia solo confermato l'invalidità delle concessioni generalizzate a lungo termine, stabilite dall'art. 1, commi 682 e 683, della L. n. 145/2018, sulla ritenuta e rimarcata efficacia diretta della Direttiva *Bolkestein*.

¹⁰⁵ S. STAIANO, *Legalità senza legge. La fase attuale della lotta per la produzione del diritto*, in G. ACOCELLA (a cura di), *Materiali per una cultura della legalità*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 27.

¹⁰⁶ Il tenore perentorio delle richiamate pronunce della VI sezione del Consiglio di Stato, nella parte in cui è richiamata espressamente l'ultima proroga legislativa stabilita dal decisore – la quale, si precisa, era estranea rispetto al caso discusso dal Collegio giudicante – a parere di chi scrive, sembra sconfessare l'interpretazione "temperata" di G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge, stessi concessionari?*, in *Diritto e Società*, n. 3, 2021, p. 396, il quale, circoscrivendo la *ratio* e la portata delle sentenze gemelle dell'Adunanza plenaria – ponendo comunque in guardia dal rischio di un «*allargamento a dismisura le ipotesi di differimento della applicazione dei principi di diritto ben al di là della ragione incentrata sull'overruling*» – ne ha riferito in termini di «esercizio di funzione consultiva espressa in sede giurisdizionale».

¹⁰⁷ Sul punto, M.A. SANDULLI, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari"*, *cit.*, p. 344, la quale ha fortemente criticato il contenuto prettamente decisorio-normativo – configurante eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di competenza legislativa – delle pronunce dell'Adunanza plenaria, emesse in assenza del necessario contraddittorio a causa dell'esclusione degli interventi *ad opponendum* di alcune associazioni di categoria, ritenendo ciò motivo di loro possibile annullamento per l'ulteriore vizio di diniego di giustizia. Per un'analisi approfondita dei vizi delle pronunce del Consiglio di Stato si rinvia ad A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel*

non residuare apparentemente alcun eventuale esercizio di potere da parte del legislatore nazionale, avendo escluso *in nuce* a pena di disapplicazione qualsiasi intervento in senso divergente¹⁰⁸.

L'aporia e la contraddizione in termini della regola giurisprudenziale elaborata dal Consiglio di Stato sono esplicitate dagli effetti paradossali a cui una sua applicazione pedissequa potrebbe condurre: difatti, se davvero il diritto europeo osta ad un intervento del legislatore in senso contrario alla decadenza generalizzata delle concessioni al 2023, il medesimo effetto "inibitorio-caducatorio" dovrebbe assalire anche una eventuale sentenza di annullamento della Cassazione in quanto anch'essa, come organo costituzionale, costituisce articolazione dello Stato inadempiente¹⁰⁹. Ciò a meno di non voler considerare precluso l'intervento al solo Parlamento, determinando così un anomalo effetto traslativo della *potestas decidendi* in merito alla disciplina delle concessioni marittime dal legislatore alla discrezionalità degli organi giurisdizionali, con evidente rottura del principio di legalità nella sua funzione di garanzia democratica.

Una ulteriore criticità sistemica della regola giurisprudenziale, come ben evidenziato dalla dottrina, trova origine nell'uso da parte del Consiglio di Stato di strumenti propri della Corte costituzionale¹¹⁰, quali l'ammonimento del decisore, la modulazione dell'efficacia temporale delle proprie statuizioni e, soprattutto, l'addizione *ex se* del termine di cessazione delle concessioni. Nel correggere e (pro)porsi a sostituto di un legislatore sovente inerte, l'Adunanza Plenaria sembra infatti aver adoperato alcuni dei

sistema di giustizia amministrativa, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2, 2018, p. 635 ss.; G. COCOZZA, *Il percorso conformativo dell'eccesso di potere giurisdizionale. Una ricerca sul vizio della funzione e sul suo giudice*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017; G. VERDE, *La Corte di cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2013, p. 367 ss.

¹⁰⁸ Il modello "risolutorio" indicato dal Consiglio di Stato, nella misura in cui sembra esser stata esclusa *a priori* la mera possibilità normativa di eventuali interventi del legislatore, potrebbe richiamare l'ipotesi teorica secondo cui l'azione del diritto europeo abbia determinato un effetto preclusivo assoluto sul diritto nazionale, cd. *preemption* formale, nel settore balneare. Rispetto a tale erronea ricostruzione, si segnala che l'effetto di armonizzazione prodotto dalla Direttiva 2006/123, per come essa interpretata sia nella sentenza *Promoimpresa* che soprattutto nella sentenza *AGCM c. Comune di Ginosa*, non pare di certo aver integralmente svuotato lo spazio discrezionale del legislatore, essendovi fissate alcune regole generali che il singolo decisore nazionale deve seguire nella regolazione interna del settore. Non a caso, la stessa Corte di Giustizia ha statuito nell'ultima richiamata pronuncia che l'articolo 12 della direttiva *Bolkestein* «conferisce agli Stati membri un certo margine di discrezionalità nella scelta dei criteri applicabili alla valutazione della scarsità delle risorse naturali», potendo tale margine di discrezionalità «condurli a preferire una valutazione generale e astratta, valida per tutto il territorio nazionale, ma anche, al contrario, a privilegiare un approccio caso per caso, che ponga l'accento sulla situazione esistente nel territorio costiero di un comune o dell'autorità amministrativa competente, o addirittura a combinare tali due approcci». L'interpretazione del Consiglio di Stato sembrerebbe, tuttavia, aver escluso in radice la possibilità un intervento del Parlamento, anche solo nell'individuazione di quale sia la "metodologia" di valutazione – operazione quest'ultima, si precisa, affidata ai funzionari delle amministrazioni competenti – nella misura in cui essa potrebbe comportare esclusioni e deroghe alla cessazione generalizzata delle concessioni balneari, in senso contrario alla valutazione effettuata dalla stessa Adunanza plenaria. Sulla portata e natura della *preemption*, *ex plurimis*, A. ARENA, *Il principio della preemption in diritto dell'Unione Europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013.

¹⁰⁹ Si consideri al riguardo che è stata fissata al 24 ottobre c.a. l'udienza dinnanzi alla Corte di Cassazione a Sezioni Unite, in merito al ricorso per l'annullamento delle sentenze gemelle dell'Adunanza plenaria, presentato proprio da quegli operatori e dalle categorie sindacali esclusi dal Collegio Giudicante.

¹¹⁰ Così E. LAMARQUE, *Le due sentenze dell'Adunanza plenaria. Le gemelle di Shining?*, in *Diritto e società*, n. 3, 2021, p. 474.

principali “attrezzi della cassetta” in dotazione al Giudice delle leggi, il quale può colmare i vuoti di tutela lasciati dal legislatore, arrivando anche alla “manipolazione” delle disposizioni¹¹¹.

Invero, sebbene il Consiglio di Stato abbia qualificato l’individuazione autonoma del termine del 31 dicembre 2023 come forma di manipolazione degli effetti temporali della propria pronuncia per ovviare ai rischi socio-economici implicati da una dichiarazione di immediata decadenza generalizzata delle concessioni¹¹², l’indicazione di tale termine, in assenza di un richiamo ad altre disposizioni o principi da cui dedurre, anche analogicamente, il *dies ad quem*, sembrano propendere per una qualificazione delle sentenze gemelle come pronuncia additiva, strumento che la stessa Corte ha usato con parsimonia¹¹³.

In secondo luogo, anche a volersi in ipotesi ritenere come validamente posto sotto un profilo formale poiché asseritamente riproduttivo di una norma che può essere ricavata dal diritto europeo, l’enunciato prescrittivo del Consiglio di Stato circa la decadenza generalizzata delle concessioni balneari al 31 dicembre 2023 e della disapplicazione di ogni atto contrario deve ritenersi non operativo sotto un profilo sostanziale. La causa di questo parziale superamento della regola giurisprudenziale è individuabile nella entrata in vigore della L. n. 118/2022, la quale ha rappresentato il momento fattuale in cui il legislatore ha legittimamente espunto dall’ordinamento interno le disposizioni contrarie al diritto europeo e, più specificamente, le proroghe automatiche e generalizzate che erano state oggetto di censura dal parte del giudice europeo nella sentenza *Promoimpresa*, costituendo così l’atto del diritto nazionale “comunitariamente necessario”¹¹⁴. Detto altrimenti, la L. n. 118/2022 costituisce l’atto del diritto

¹¹¹ Sul punto, E. LAMARQUE, *Prove generali di sindacato di costituzionalità accentratore-collaborativo*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. III, cit., p. 1843 ss., secondo la quale «la “correzione» – o più efficacemente la “manipolazione” – della legge, è sempre vietata al giudice comune in quanto riservata in esclusiva al tribunale costituzionale».

¹¹² In particolare, a sostegno della propria azione, il Consiglio di Stato ha richiamato la nota sentenza n. 10/2015 della Corte costituzionale con cui il Giudice delle leggi, pur dichiarando l’illegittimità di una disposizione legislativa in materia tributaria, stabiliva che gli effetti dell’annullamento decorressero non *ex tunc*, ma dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione in Gazzetta Ufficiale, motivando tale differimento con l’esigenza di bilanciare il principio della retroattività con altri «*principi o diritti di rango costituzionale che altrimenti risulterebbero irreparabilmente sacrificati*». Sul tema, M. RUOTOLO, M. CAREDDA, *Virtualità e limiti del potere di regolazione degli effetti temporali delle decisioni d’incostituzionalità*, in, *Rivista AIC*, n. 2, 2015, pp. 1-33.

¹¹³ Per una panoramica generale sulle sentenze additive e sui problemi sistemici che esse recano sul riparto delle funzioni nell’ordinamento, C. LAVAGNA, *Sulle sentenze additive della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 1131-1158. Si precisa al riguardo come – pur vero che il primato del diritto europeo possa comportare quale propria conseguenza la disapplicazione anche delle norme costituzionali che regolano il sistema di separazione dei poteri – nel caso in esame non solo il giudice comune è giunto a disapplicare le norme della Carta sulle competenze tipiche della Corte costituzionale e della Magistratura, ma lo stesso abbia regolato autonomamente gli effetti temporali della diretta applicabilità del diritto europeo su quello nazionale, non dichiarando l’immediata decadenza delle concessioni balneari, sostituendosi così sia al Giudice delle leggi che anche alla stessa Corte di Giustizia. La disapplicazione del primato del diritto europeo per motivi inerenti agli effetti negativi e allo stato di incertezza che la dichiarazione dell’immediata decadenza delle concessioni balneari avrebbe potuto recare agli operatori economici e ai funzionari amministrativi, è interpretata da E. LAMARQUE, *Le due sentenze dell’Adunanza plenaria*, cit., p. 478, come «*attivazione dei controlli da parte dello stesso Consiglio di Stato*», ingenerando ciò un’ulteriore illegittima sostituzione delle attribuzioni della Corte costituzionale.

¹¹⁴ Sulla categoria in esame, che trova la sua genesi nella giurisprudenza della Consulta sui limiti all’ammissibilità dei referendum abrogativi, D. TEGA, *Le leggi a contenuto “comunitariamente vincolato”*, in *Giur. it.*, 2000, p. 1562 ss.

nazionale che, nell'abrogare le previgenti norme nazionali, già oggetto di censura della Corte di Giustizia, nell'indicare un termine (breve) di risoluzione delle concessioni ancora esistenti e nel determinare l'obbligo di sottoporre l'affidamento secondo i principi di concorrenza e trasparenza – rimettendo al Governo l'esercizio concreto della funzione legislativa per il rinnovo della materia¹¹⁵ – ha fornito (con ritardo) piena attuazione agli obblighi che discendono dall'attuazione della Direttiva *Bolkestein* e, più in generale, dall'osservanza dei principi del diritto europeo¹¹⁶, disciplinando la complessa materia attraverso un bilanciamento tra i principi della concorrenza e del libero mercato con la discrezionale tutela delle posizioni degli operatori economici nazionali e dei soggetti privati che possono indirettamente essere destinatari delle norme in esame. La circostanza che il naturale detentore della funzione legislativa abbia attuato un intervento “comunitariamente conforme” in materia di affidamento delle concessioni marittime – togliendo, secondo la propria discrezionalità, validità ai provvedimenti precedenti contrari gli interessi “interni” ai principi europei – ha comportato rilevanti effetti sulla norma enunciata dall'Adunanza Plenaria nelle *sentenze gemelle*, “consumatasi” completamente nelle disposizioni della nuova legge che ha soltanto “recuperato” da esse il termine temporale di cessazione dell'efficacia delle concessioni prorogate fino al 31 dicembre 2033.

Questo peculiare effetto di assorbimento nella L. n. 118/2022 del precetto giurisprudenziale per come enunciato dall'Adunanza Plenaria e la circostanza che il Parlamento abbia adeguato la legislazione al diritto europeo conduce ad una semplificazione del predetto conflitto sulla regolazione delle antinomie nella misura in cui il contrasto materiale tra le fonti del diritto presenta come termini di riferimento due atti legislativi, nonché anche ad una sostanziale “inutilità-inoperatività” dell'ordine disapplicativo della recente proroga al 31 dicembre 2024, pronunciato dal Consiglio di Stato nelle menzionate e più recenti sentenze. *Nulla quaestio* sulla lapalissiana invalidità delle proroghe al 2033, dichiarata dalla Corte di Giustizia e organicamente superata dall'ingresso nell'ordinamento della L. n. 118/2022 che ha condotto ad una loro caducazione in virtù dell'abrogazione espressa da parte dello stesso legislatore, per quanto riguarda l'asserita invalidità-inapplicabilità della proroga al 31 dicembre 2024 è l'effetto parzialmente abrogativo-sostitutivo recato su quest'ultimo atto dal decisore politico attraverso la L. n. 14/2023 ad aver reso “non operativo” lo strumento della disapplicazione, per come invocato dal Consiglio di Stato.

¹¹⁵ Si evidenzia al riguardo che gli articoli 2-5 della L. 118/2022 consentono, per il dettaglio con cui gli stessi sono stati formulati, di determinare il contenuto materiale dei principi direttivi “conformi” al diritto europeo che dovrebbero essere osservati nell'affidamento delle nuove concessioni, anche in caso di (ancora perdurante) omesso esercizio della delega legislativa da parte del Governo. In senso conforme a questa posizione, A.M. LISCIÒ, *Il ruolo dell'esecutivo nell'incerto futuro delle concessioni demaniali marittime*, in *federalismi.it*, n. 7, 2023, p. 103.

¹¹⁶ Tra le molteplici motivazioni che consentono di individuare nella L. n. 118/2022 un atto conforme al diritto europeo si segnala la circostanza che esso non è stato oggetto di censura, neppure in forma di *obiter dictum*, da parte del giudice europeo nella sentenza *AGCM c. Comune di Ginosa*, così come alcuna motivazione critica è stata esposta dal Consiglio di Stato e dalla giurisprudenza di primo grado nei più recenti giudizi.

Circa la portata e la comprensione di quest'ultima asserzione si portano all'attenzione gli elementi e le caratteristiche essenziali dell'istituto dell'abrogazione il quale, come scolpito da autorevole dottrina, si ricollega al potere giuridico permanente e inesauribile, esistente in capo al legislatore, di determinare la cessazione di vigenza di un atto legislativo attraverso la fruizione e ripetizione del medesimo potere¹¹⁷. Come certamente noto, l'effetto abrogativo produce una cessazione definitiva *ex nunc* dell'efficacia di una data norma «*la quale non può più regolare una serie indefinita di fatti futuri, ma solo una serie definita di fatti passati*»¹¹⁸, dovendosi specificare sul punto che tale effetto – il quale deve trovare come riferimento materiale soltanto norme – si produce con risultato immediato al momento in cui un determinato atto normativo assume validità, divenendo cioè parte dell'ordinamento. Detto altrimenti, come ben evidenziato da autorevolissima dottrina, l'effetto abrogativo nasce e consegue dall'entrata in vigore di un atto normativo che è idoneo, nella «*istantaneità*» del suo innestarsi nel sistema normativo, a modificare con «*effetti permanenti la situazione giuridica precedente e ad instaurarne una nuova*»¹¹⁹.

Disapplicare la L. n. 14/2023, così come ordinato dal supremo Consesso amministrativo in aderenza ai principi enunciati dall'Adunanza plenaria nel 2021, risulterebbe essere una operazione interpretativa materialmente infondata e fallace poiché l'effetto abrogativo determinato da tale atto legislativo sulla precedente L. n. 114/2022 – essendosi esso prodotto istantaneamente e definitivamente con l'entrata in vigore del successivo atto normativo – non potrebbe più essere revocato attraverso la non-applicazione della disposizione che prevede la cessazione al 2024. Difatti, voler ammettere che dalla disapplicazione della L. n. 14/2023 consegua una ri-espansione del precedente atto legislativo ritenuto “più conforme” al diritto europeo¹²⁰ significherebbe ritenere, contrariamente¹²¹ a quanto stabilito negli esposti *principia* sull'abrogazione per come essi sono stati fatto propri dalla dottrina e dalla giurisprudenza¹²¹, che l'effetto

¹¹⁷ Così, S. PUGLIATTI, *Abrogazione*, in *Enc. Dir.*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 1958, p. 152. *Contra*, C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1964, che individua l'effetto abrogativo delle norme in una condizione risolutiva implicita, contenuta in ogni legge, tesi ripresa da F. MODUGNO, *Abrogazione*, in *Enc. giur.*, vol. I, Treccani, Roma, 1988, p. 2 ss. Sul punto, R. MANFRELOTTO, *Abrogazione di norme e razionalità dell'ordinamento giuridico*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3, 2011, pp. 1-17.

¹¹⁸ C. cost., sent. n. 63/1970. In senso conforme a questa ricostruzione giurisprudenziale, *ex multis*, G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 1984, p. 42 ss.

¹¹⁹ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., pp. 214-217. In senso analogo, M. PATRONO, *Legge (vicende della)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 923, secondo cui l'irretrattabilità dell'effetto abrogativo discende direttamente dalla Costituzione, in quanto è essa che conferisce alla legge la sua forza formale, inclusa anche la *vis abrogans*.

¹²⁰ Ciò a meno di non voler considerare come realizzata nel caso di specie la predetta e radicalmente incostituzionale ipotesi ricostruttiva secondo cui l'ordine disapplicativo dell'Adunanza Plenaria altro non sia che una spogliazione definitiva del potere astratto del legislatore di regolare il settore delle concessioni balneari, neppure in ossequio ai precetti del diritto euro-unionale.

¹²¹ A titolo esemplificativo, nella sentenza n. 13 del 2021 in materia di effetto abrogativo *ex art. 75 Cost.*, la Corte costituzionale ha rigettato la tesi della «*stratificazione*» dell'ordine giuridico secondo cui le cui «*le norme di ciascuno strato, pur quando abrogate, sarebbero da considerarsi quiescenti e sempre pronte a ridiventare vigenti*», ritenendo che «*ove fosse seguita tale tesi, l'abrogazione, non solo in questo caso, avrebbe come effetto il ritorno in vigore di disposizioni da tempo soppresse, con conseguenze imprevedibili per lo stesso legislatore, rappresentativo o referendario, e per le autorità chiamate a interpretare e applicare tali norme, con ricadute negative in termini di certezza del diritto*».

abrogativo si riduca materialmente alla limitazione della sola efficacia di una norma – e non anche della sua validità – effetto quest’ultimo in sostanza analogo a quello disapplicativo¹²².

In altri termini, ritenere possibile che il termine del 31 dicembre 2023 – o, generalmente, qualsiasi effetto di ri-espansione di precedente norma contraria rispetto alla regola disposta nella L. n 14/2023 – possa “rinvigorire” attraverso l’uso dello strumento della disapplicazione presupporrebbe l’idea che l’abrogazione ad opera di quest’ultimo atto delle norme precedenti equivalga ad una mera dichiarazione di loro temporanea inefficacia, quasi che esse siano state poste in una sorta di limbo giuridico dal quale possono uscire nuovamente, attraverso l’azione (anche) di un soggetto diverso dal legislatore.

Orbene, anche se la reviviscenza come ri-espansione della validità ed efficacia di un determinato atto normativo¹²³, costituisce una fattispecie che ha avuto nella fenomenologia giuridica una sua identificazione e valorizzazione¹²⁴, tuttavia le ipotesi in cui tale effetto di “risurrezione” normativa hanno trovato luogo sono circoscritte, essenzialmente, ai casi di annullamento ad opera della Corte costituzionale di una successiva legge abrogatrice¹²⁵, mancando di converso, allo stato attuale, ipotesi di reviviscenza attraverso l’uso dello strumento della disapplicazione.

Invero, se fossero applicati tali presupposti al caso controverso delle proroghe delle concessioni balneari, ne conseguirebbe che la disapplicazione della L. n. 14/2023, nella parte in cui essa ha stabilito il termine di cessazione delle concessione al 31 dicembre 2024, non comporterebbe né la reviviscenza del termine di cui alla parzialmente modificata L. n. 118/2022 – dunque neppure dell’assorbito precetto giurisprudenziale – né la cessazione immediata dell’efficacia delle concessione in quanto mancherebbe un precetto impositivo di tale effetto negativo sugli operatori che deve essere previsto da una norma in ragione del principio di legalità, né l’identificazione di un nuovo precetto normativo conforme con il

¹²² Sul punto C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, cit., p. 24, dovendosi rimarcare sul punto la differenza reale e sostanziale degli effetti dell’abrogazione e della disapplicazione, rilevando che la prima produce una cessazione tendenzialmente definitiva dell’efficacia della norma, espunta dall’ordinamento giuridico salvo circoscritte eccezioni legate al “passato”, producendo invece la seconda soltanto la limitazione dell’efficacia della norma e non la sua cessazione, *rectius* perdita di vigenza, determinando così una coesistenza di due discipline normative parimenti valide.

¹²³ Sul punto, *ex multis*, A. CELOTTO, *Reviviscenza degli atti normativi*, in *Enc. giur.*, XVII, Treccani, Roma, 1998, p. 2 ss.

¹²⁴ Segnatamente, negano in radice la possibile reviviscenza di disposizioni abrogate ad opera di interventi diversi dall’annullamento, G. GUARINO, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, cit., p. 357 ss.; M.S. GIANNINI, *Problemi relativi all’abrogazione delle leggi*, in *Annali della Facoltà di giurisprudenza dell’Università di Perugia*, vol. LVI, Cedam, Padova, 1942, p. 30 ss. Negano in senso generale la reviviscenza delle norme, salvo il caso residuale dell’abrogazione o dell’annullamento di un atto normativo avente come unico effetto l’abrogazione di precedenti norme, D. DONATI, *Abrogazione della legge*, ora in ID., *Scritti di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1966, p. 160 ss., A.M. SANDULLI, *Legge, forza di legge, valore di legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, p. 272 ss. Ritengono invece possibile la reviviscenza della norma anche ad opera di mera abrogazione della legge abrogatrice, F. SORRENTINO, *L’abrogazione nel quadro dell’unità dell’ordinamento giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, p. 3 ss.; F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Cedam, Padova, 1997, p. 374 ss.

¹²⁵ Per una disamina più approfondita sul punto, rimandando a breve ulteriori considerazioni critiche, L. LONGHI, *La reviviscenza degli atti normativi nei percorsi rigenerativi del diritto vivente*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2021, pp. 1-12.

diritto euro-unionale, generandosi invece un anomalo e illogico “vuoto giuridico”¹²⁶ che, quanto a regime, apparrebbe affine all’ipotesi annullamento di una disposizione abrogatrice in campo penale¹²⁷.

Si segnala, in aggiunta a quanto esposto, una seconda e connessa incongruenza sistemica, avente quale termine di riferimento non tanto gli esposti principi generali del diritto costituzionale, ma in particolar modo i principi propri del diritto europeo. Ci si riferisce, al riguardo, alla produzione di effetti *in malam partem* che l’uso della disapplicazione normativa, per come invocata dal Consiglio di Stato soprattutto nelle più recenti sentenze del 2023, potrebbe recare ai potenziali destinatari della proroga contenuta nella L. n. 14/2023, contravvenendo così al principio secondo cui «*lo Stato membro che non abbia adottato, entro i termini, i provvedimenti di attuazione imposti dalla direttiva, non può opporre ai singoli l’inadempimento da parte sua degli obblighi derivanti dalla direttiva stessa*»¹²⁸, principio quest’ultimo, strettamente ricollegato al valore che ha assunto la certezza del diritto nell’ordinamento euro-unionale¹²⁹.

La problematica in esame è stata posta e descritta dalla dottrina più avveduta già al momento dell’emanazione delle sentenze gemelle del 2021¹³⁰, risultando essa attualmente ancor più evidente considerati i più recenti pronunciamenti del Consiglio di Stato sulla invalidità della proroga al 2024. Difatti, in molteplici giudizi ancora pendenti, ad essere parte ricorrente è l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – non a caso parte nel processo che ha dato luogo alla predetta sentenza della Corte di Giustizia del 2023 – autorità amministrativa nazionale a cui dovrebbe esser precluso, per il principio di cui sopra, il beneficiare dell’inadempimento dello Stato nei rapporti verticali con i singoli individui, anche se la direttiva non attuata presenti natura *self executing*, come nel caso della *Bolkestein*¹³¹.

¹²⁶ Sulla (non) essenza di questo vuoto si rinviano alle autorevoli pagine di H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, versione italiana a cura di C. GERACI, Giuffrè, Milano, 1981, p. 192 ss.

¹²⁷ Per una disamina più approfondita del tema e delle ingenti difficoltà sistemiche che comporta l’annullamento delle leggi (penali) abrogatrici da parte della Corte costituzionale, F. MORELLI, *Le conseguenze della disapplicazione della norma abrogatrice*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Ai confini del “favor rei”. Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 264-287.

¹²⁸ In questo senso si è espressa la Corte di Giustizia nella sentenza “*Ratti*” del 5 aprile 1979, confermata dalla successiva giurisprudenza europea con le note pronunce “*Becker*” del 1984, “*Marshall P*” del 1986 e “*Francovicb*” del 1991.

¹²⁹ Sul punto, S. MARGIOTTA, *Certezza del diritto e diritto positivo*, in *Nomos*, n. 2, 2022, p. 20 ss.

¹³⁰ E. CANNIZZARO, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee?*, in *Giustiziasieme*, 30 dicembre 2021. In senso affine anche G. DI PLINIO, *Il Mostro di Bolkestein in spiaggia*, cit., p. 17; F. FERRARO, *Diritto dell’Unione Europea e concessioni demaniali*, cit., p. 368-369. In senso parzialmente divergente rispetto all’operatività del divieto di *inverse direct effect* nel caso in esame, R. MASTROIANNI, *L’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e le concessioni balneari: due passi avanti e uno indietro?*, in *Eurojus*, n. 1/2022, pp. 8-9.

¹³¹ Sul punto, G. GRECO, *La Corte di giustizia ritorna sulle concessioni balneari precisandone le regole*, cit., pp. 137-138, la quale acutamente osserva che nel caso in esame, «*Nel nostro caso, non ci troviamo di fronte a “mere ripercussioni negative sui diritti dei terzi” che “anche se certe, non giustificano che si rifiuti ad un singolo di far valere le disposizioni di una direttiva nei suoi confronti dallo Stato membro interessato”. Il diritto fatto valere, infatti, non è esercitato da un singolo nei confronti dello Stato, ma da un “autorità pubblica”, portatrice di un interesse pubblico alla tutela della concorrenza e al corretto funzionamento del mercato: il che esclude che si possa parlare di effetto trilaterale e di mere ripercussioni negative sul terzo*».

5. Lo scoglio del conflitto e il timone della Corte Costituzionale

Le esposte osservazioni permettono una semplificazione dei termini “numerici” della questione, restituendo all’interprete uno scenario maggiormente solido dietro cui si staglia, quale meta-norma di riferimento, soltanto l’assunto forte della regola giurisprudenziale che, nella sua essenzialità, nega cittadinanza ad eventuali interventi del decisore nazionale, volti a rinnovare le concessioni in senso generale e automatico, così come più volte avvenuto in passato¹³². Ritenuta impraticabile per le diverse ragioni di cui sopra la via della disapplicazione della L. n. 14/2023 per come invocata dal Consiglio di Stato, il registrato conflitto normativo appare così assumere una più leggera struttura trilatera la quale trova nella regola europea, per come essa è stata scolpita e ribadita nelle sentenze della Corte di Giustizia, il proprio vertice e alla propria base la relazione tra la L. n. 118/2022 e la L. n. 14/2023. Come parzialmente osservato in precedenza, il primo di tali atti può esser individuato come l’intervento legislativo che presenta i crismi della conformità al diritto europeo, a differenza dei precedenti interventi che, nelle osservate forme e previsioni, avevano determinato privilegi in capo ai concessionari incompatibili con il diritto europeo.

Ritenendo dunque che il primo termine della relazione normativa interna sia conforme al vertice normativa di matrice europea – e dunque considerato comunitariamente conforme l’ivi previsto termine del 31 dicembre 2023 – il conflitto normativo che verrà ad essere a partire da tale data può essere risolto guardando alla relazione normativa della L. 14/2023 e della relativa (breve) postergazione del termine temporale con la regola europea per come attuata nella L. 118/2022. Rispetto a questo tema cruciale nell’economia del presente contributo è possibile addivenire a due interpretazioni, diametralmente opposte, per quanto concerne la valutazione della conformità “generale” della proroga al 2024 con i principi costituzionale ed europeo, con il precipitato logico di due prospettive risolutive del conflitto normativo ben diverse, anche per quanto concerne eventuali rimedi.

La prima prospettiva è contrassegnata dalla valorizzazione della “continuità teleologica” tra la L. n. 118/2022 e la L. n. 14/2023. Segnatamente, secondo questa ricostruzione ermeneutica, quest’ultimo intervento del decisore, nella abrogazione e sostituzione del termine precedentemente indicato, non ha modificato l’impianto generale dell’atto, ma ne ha mantenuto in vigore i principali fondamenti normativi i quali, anche senza l’intervento dei decreti legislativi attuativi, sono comunque capaci di indirizzare la

¹³² La materiale semplicità della regola europea in materia di affidamento delle concessioni balneari era già stata messa in luce da M. MAGRI, *I rapporti tra "direttiva servizi" e concessioni demaniali marittime*, in T. FONT, L. VANDELLI (a cura di), *Ordenación jurídico-administrativa del turismo*, Atelier, Barcellona, 2018, p. 165 ss., il quale, in commento delle conclusioni dell’Avvocato Generale in attesa della sentenza *Promoimpresa*, condivisibilmente precisava che il contrasto della normativa interna con il diritto europeo constava nell’automatismo e nella generalità delle proroghe legislative e non nel rimedio in sé della proroga.

funzione amministrativa in materia di affidamenti delle nuove concessioni¹³³. Pur vero che, come evidenziato in precedenza, l'indirizzo dell'attuale maggioranza sembra diverso per colore politico da quello di cui era portatore il precedente governo di unità nazionale, ma l'analisi sinottica delle disposizioni dei due atti legislative rendono oggettivamente palese la realizzazione di un mero mutamento dei termini temporali di cui alla L. n. 118/2022, resa necessaria dai ritardi accumulati per motivazioni di carattere amministrativo e territoriale, considerato il numero di concessioni e il vasto territorio da mappare.

A ragione di tale posizione si segnala, oltre alla descritta caratteristica di continuità oggettivo-materiale tra le due discipline, anche una diversa relazione normativa, basata sul “rapporto di continenza” di quanto disposto attualmente dalla L. n. 14/2023 rispetto al precedente atto.

In particolare, l'art. 3, comma 3, della L. 118/2022, nel prevedere il termine del regime di proroga delle concessioni al 31 dicembre 2023, disponeva anche un'eccezione alla regola, laddove è stato stabilito come la pubblica amministrazione competente avesse potuto concedere al titolare uscente una ulteriore postergazione del termine di efficacia dell'autorizzazione fino al 31 dicembre 2024¹³⁴. Letta in rapporto a tale ipotesi, la proroga al 31 dicembre 2024 potrebbe dunque essere ritenuta l'esplicitazione di quell'ipotesi eccezionale alla regola che lo stesso Parlamento aveva individuato e regolato nella L. n. 118/2022.

Si soggiunge sul punto che entrambe queste declinazioni “positive” dell'ultimo intervento del legislatore non sembrano essere in contrasto con la inderogabile regola europea – ad effetti diretti – di divieto di disporre nuove proroghe generali e automatiche al sol fine di sottrarre un settore dell'ordinamento interno agli obblighi concorrenziali di natura comunitaria. La proroga in esame non parrebbe, difatti, volta teleologicamente a recuperare o perpetuare il regime anti-concorrenziale che è stato oggetto di plurime censure, ma proprio a consentire il transito alle nuove regole di matrice europea, mantenendo in essere – e anticipandone l'uso – la limitata discrezionalità politica del decisore per quanto concerne, ad esempio, l'individuazione dei presupposti indicati dall'articolo 12 della direttiva n. 2006/123; operazione

¹³³ In questi termini, ad esempio, M. MAGRI, *La giustizia politico-amministrativa e le sue contraddizioni (in merito all'ultima sentenza del Consiglio di Stato sulla proroga delle concessioni demaniali marittime)*, in *Giustizia insieme*, 28 luglio 2023, il quale espone, segnalando adeguatamente le ambiguità tecniche dell'intervento legislativo del Governo Meloni – le quali paiono discendere dall'intenzione politica di fondo di non attuare la direttiva *Bolkestein* – che «Resta in piedi, nel Milleproroghe, il fine ultimo della legge concorrenza: cambiare le regole in tempi brevi per avviare le procedure di affidamento. La proroga di un anno, dal 31 dicembre 2023 al 31 dicembre 2024, non può avere – non presuntivamente – lo stesso disvalore della proroga quindicinale che era stata stabilita dall'art. 1 comi 675 e seguenti della legge di bilancio 2019. Se non altro, al decreto-legge Milleproroghe non si può addebitare la restituzione di quel “diritto d'insistenza” sul bene demaniale marittimo, lacuale o fluviale, da cui ha avuto origine il contenzioso comunitario in merito alla durata delle concessioni».

¹³⁴ L'articolo in esame dispone(va) che «*In presenza di ragioni oggettive che impediscono la conclusione della procedura selettiva entro il 31 dicembre 2024, connesse, a titolo esemplificativo, alla pendenza di un contenzioso o a difficoltà oggettive legate all'espletamento della procedura stessa, l'autorità competente, con atto motivato, può differire il termine di scadenza delle concessioni in essere per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2025*».

quest'ultima che, sulla scorta dell'interpretazione della Corte di Giustizia come evidenziato in precedenza a proposito dell'ultima propria pronuncia del 2023, è pur sempre rimessa agli Stati membri.

Orbene, ove si ritenesse valida l'esposta prospettiva, preferibile a parere di chi scrive, il conflitto normativo attualmente verrebbe agevolmente risolto attraverso il ricorso al criterio cronologico e dunque all'istituto dell'abrogazione, potendosi ritenere che, già dal momento dell'entrata in vigore della L. n. 14/2023, vi sia stato l'uso legittimo da parte dell'attuale legislatore del potere di mutare il proprio indirizzo in aderenza ad una realtà fattuale parzialmente diversa da quella che aveva portato all'emanazione della L. n. 118/2023¹³⁵, senza che ciò tuttavia possa aver ingenerato una deroga-rottura del principio di suddivisione delle competenze tra Stato membro e Unione Europea¹³⁶.

La seconda prospettiva trova, invece, un proprio sviluppo e fondamento dall'eventuale rilevazione di un contrasto qualitativamente differente tra la L. n. 14/2023 e la L. n. 118/2022¹³⁷, laddove si ritenga che la prima abbia mutato uno dei capisaldi dell'ultimo atto nazionale, in ordine cronologico, comunitariamente conforme e necessario, conseguendone una violazione indiretta della regola europea nella sua dimensione essenziale, discendendone effetti dirompenti sulla validità della proroga al 2024.

Nel caso in cui fosse ritenuta maggiormente condivisibile questa ricostruzione, verrebbe alla luce la necessità di ricorrere ad un diverso strumento risolutivo di questa peculiare antinomia, non potendo né trovare applicazione né il criterio cronologico con relativa operatività dell'istituto dell'abrogazione a pena

¹³⁵ Sull'uso dell'abrogazione come istituto volto a garantire l'adeguamento della realtà fattuale a quella giuridica, A. CERRI, *Prolegomeni ad un corso sulle fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 118 ss.

¹³⁶ Una eventuale accettazione di quanto suesposto avrebbe notevoli conseguenze sul regime particolare degli atti amministrativi di concessione dell'ultima proroga. Segnatamente, la pubblica amministrazione, ove fosse ritenuta comunitariamente conforme il più recente intervento del decisore politico e la relativa postergazione *ope legis* dell'efficacia al 2024, non potrebbe rifiutarsi di concedere la (breve) ulteriore proroga ai titolari di autorizzazione che ne facciano richiesta, potendo-dovendo annullare in secondo grado gli eventuali provvedimenti negativi che abbiano ostato a ciò, avendo ciò valenza anche nei giudizi già incardinati. Sugli effetti dell'applicazione del criterio cronologico sul regime degli atti amministrativi, *ex plurimis*, V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo. Parte generale*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 768 ss.

¹³⁷ Questa posizione critica sull'operato dell'attuale decisore risulta trovare una esplicitazione alquanto chiara nelle osservate dichiarazioni politiche del Presidente della Repubblica, trovando una ripresa anche in quella parte dottrina maggiormente affine alla giurisprudenza amministrativa. Ad esempio, secondo il Presidente del TAR – Salerno M. DI MARTINO, *Il futuro delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico ricreative alla luce dei recenti interventi normativi e giurisprudenziali: una storia (in) finita*, in [giustizia-amministrativa](#), l'entrata in vigore della L. n. 14/2023 «ha determinato, tra il vecchio ed il nuovo Governo, un evidente *corto circuito* politico-istituzionale, avendo quest'ultimo nella sostanza reintrodotta il regime di proroga legale, *sine die*, delle concessioni demaniali marittime, in quanto i nuovi provvedimenti concessori non potranno essere rilasciati fino a quando non saranno emanati i nuovi bandi di assegnazione delle concessioni, i quali a loro volta non potranno essere indetti fino a quando non saranno emanati i decreti legislativi di riassetto della materia in attuazione della legge delega, i quali a loro volta ancora non potranno più essere utilmente emanati, essendo ormai inesorabilmente scaduto il termine entro cui la delega poteva essere validamente esercitata [...] Senza considerare che la legge di conversione 24 febbraio 2023 n. 14, nell'istituire il Tavolo tecnico consultivo con il compito di definire i criteri tecnici per la determinazione della sussistenza della scarsità della risorsa naturale disponibile (senza i quali evidentemente non possono essere adottati i bandi e quindi rilasciati i nuovi provvedimenti concessori) non ha fissato – inspiegabilmente – alcun termine entro cui il neo istituito organo consultivo debba concludere la propria attività, definendo i suddetti criteri».

di considerare *inutiliter data* la direttiva *Bolkestein*, né la figura della disapplicazione per come invocata dal Consiglio di Stato nei più recenti pronunciamenti del 2023, ciò sia in ragione della possibile realizzazione di vietati effetti verticali inversi sia in ragione delle relative e già ampiamente osservate criticità recate dall'eventuale “applicazione della non-applicazione” alle ipotesi in esame¹³⁸.

In particolare, a parere di chi scrive, ove si configurasse questo conflitto secondo la descritta strutturazione, in una prospettiva generale di tutti gli elementi particolari e degli eterogenei interessi che ineriscono alla questione delle proroghe delle concessioni marittime, esso potrebbe esser risolto (unicamente) attraverso l'annullamento ad opera della Corte costituzionale della L. n. 14/2023 nella parte in cui essa prevede la proroga al 2024. A supporto di questa particolare ipotesi ricostruttiva – per la verità, già individuata e valorizzata per diverse motivazioni dalla dottrina¹³⁹ – si evidenziano alcune ragioni giustificatrici, ponendo preliminarmente in luce, a sostegno dell'ipotesi della remissione della questione attraverso l'accesso in via incidentale¹⁴⁰, che il caso delle concessioni demaniali e della loro possibile

¹³⁸ Le registrate aporie derivanti dall'uso della disapplicazione legislativa nel caso in esame paiono a parere di chi scrive essere ostative all'accoglimento della suggestiva e articolata posizione di G. GRECO, *La Corte di giustizia ritorna sulle concessioni balneari precisandone le regole*, cit., pp. 139-142, secondo la quale, postulando e rimarcando il divieto tassativo di “effetti diretti inversi” di cui sarebbero destinatari i concessionari uscenti, possa comunque trovar applicazione la disapplicazione dell'atto in contrasto con il diritto europeo in ragione del solo riconosciuto primato a quest'ultimo da cui discenderebbe “l'effetto di esclusione” della norma nazionale. Più specificamente, secondo tale ricostruzione che riprende la distinzione fatta propria nella dottrina e giurisprudenza francese tra «*invocabilité de l'exclusion et invocabilité de la substitution*», il giudice interno, pur non potendo disapplicare la normativa nazionale – nel caso di specie la L. n. 14/2023 e la relativa proroga al 2024 – per applicare concretamente l'art. 12 della direttiva *Bolkestein*, potrebbe tuttavia “escludere” la norma nazionale, effetto che troverebbe fonte di legittimazione già nella primazia delle fonti europee. Tale minoritaria posizione, benché ben motivata, appare già nell'attenta analisi dell'Autrice soggetta a possibili limiti nella misura in cui la giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla disapplicazione ritiene necessaria per l'operatività dello strumento la sussistenza di effetti diretti della norma unionale che si sovrappone a quella interna non conforme, nonché anche a controindicazioni di carattere istituzionale poiché una osservanza rigida di tale tesi vorrebbe significare l'espansione eccessiva del diritto europeo su quello nazionale e il conseguente ridimensionamento radicale delle Corti costituzionali nazionali. In senso contrario all'ipotesi della produzione di effetti esclusivi, D. GALLO, *La disapplicazione è sempre figlia dell'effetto diretto, non del (solo) primato: Poplawski*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Granital Revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, B.U.P., Bologna, pp. 81-89.

¹³⁹ In questo senso, ad esempio, F. FERRARO, *Diritto dell'Unione Europea e concessioni demaniali*, cit., p. 370 secondo cui «*Questa soluzione appare più agevole rispetto a quelle precedentemente indicate e avrebbe avuto il pregio di rimuovere in via definitiva dal nostro ordinamento le norme di legge sulla proroga delle concessioni [...]. In considerazione della riluttanza del legislatore nell'ottemperare ai vincoli derivanti dal diritto dell'Unione, la pronuncia accentrata di costituzionalità con effetti erga omnes poteva rappresentare un rimedio particolarmente efficace nel caso di specie per risolvere la questione delle norme non self-executing e per garantire certezza del diritto la remissione alla Corte avrebbe rappresentato un rimedio efficace*». Analogamente M.A. SANDULLI, *Introduzione al numero speciale sulle “concessioni balneari”*, cit., pp. 351-352, secondo la quale «*Ancora meglio, tuttavia, sarebbe stato portare un tema così delicato alla Corte costituzionale, sollevando una questione di legittimità costituzionale delle leggi di proroga per violazione degli artt. 11 e 117 Cost. in riferimento all'art. 12 della Direttiva Servizi quale parametro interposto di costituzionalità. Così facendo, si sarebbe correttamente rimessa al Giudice delle leggi la scelta – naturalmente sempre previo eventuale rinvio alla Corte di Giustizia – se dichiarare incostituzionali le leggi di proroga per contrasto con un diritto UE privo di effetti diretti (e la sentenza costituzionale, in questo caso, avrebbe potuto sospendere il giudizio in attesa dei chiarimenti della Corte di Giustizia o al limite prevedere anche un differimento dei suoi effetti temporali); oppure – qualora la Direttiva Servizi fosse stata ritenuta dotata di effetti diretti – valutare l'esistenza di possibili “controlimiti” all'ingresso della norma europea nell'ordinamento italiano*». In termini analoghi, S. AGUSTO, *La self-executing dell'articolo 12 della Direttiva 2006/123/CE: Una analisi critica*, in A. COSSIRI (a cura di), *Coste e diritti*, cit., pp. 65-67.

¹⁴⁰ L'accesso alla Corte costituzionale, giocoforza, non potrebbe che avvenire in forma incidentale, considerato che non sono stati promossi da parte di alcuna Regione ricorsi in via principale nei termini previsti per l'introduzione degli

decadenza anticipata sembra rientrare, per le conseguenze recate in capo ai titolari di autorizzazione uscente, nella particolare ipotesi di “doppia pregiudizialità” per contrasto sia con norme costituzionali che norme europee, secondo il particolare modello disegnato dalla Corte costituzionale con le note sentenze nn. 269/2017, 20/2019 e 63/2019¹⁴¹, nonché con il modello disegnato dalla Corte di Giustizia nelle pronunce “*Melki*” e “*A. c. B*”¹⁴².

Appare pacifico, già da una prima lettura del conflitto normativo, che la possibile cessazione anticipata rispetto al termine attualmente previsto del 31 dicembre 2024, in ragione dell’eventuale incompatibilità con il diritto europeo derivato, potrebbe comportare sia una lesione dei diritti di proprietà – in ragione del già menzionato articolo 49 del codice della navigazione ove è prevista l’acquisizione senza indennizzo o rimborso delle opere effettuate sul bene demaniale dal concessionario – sia della libertà di impresa, posizioni giuridiche soggettive tutelate rispettivamente dagli artt. 42 e 31 della Costituzione e dagli artt. 1 e 16 della Carta Fondamentale dei diritti dell’Unione Europea. Questa situazione di potenziale duplice contrasto potrebbe dunque rientrare nell’alveo dell’orientamento della giurisprudenza costituzionale relativo ai casi di doppia pregiudizialità per la risoluzione dei quali la Corte costituzionale ha ri-posto se stessa come soggetto dialogante con il giudice europeo insieme ai giudici comuni, rivolgendo a questi l’invito a rimettere la questione di costituzionalità, non come forma di nuovo accentramento del controllo di costituzionalità, ma come potenziamento delle garanzie dei singoli le quali costituiscono il fulcro dell’assetto multilivello degli ordinamenti.

Ciò premesso, si segnala anzitutto il profilo della “adeguatezza sistemica” del rimedio, giacché la dichiarazione di incostituzionalità dell’atto nazionale contrastante con il diritto europeo ed i suoi vincoli permette di superare le aporie dettate dal ricorso alla disapplicazione. L’annullamento della L. n. 14/2023 consentirebbe, invero, di riportare in essere *ad integrum*, ri-espandendone la portata, l’atto legislativo conforme al diritto europeo, non potendo tale effetto essere recato dalla disapplicazione poiché, come già affermato in precedenza, essa non tocca la validità della norma, ma solo la sua efficacia, potendo solo l’annullamento attraverso una sentenza di accoglimento del Giudice delle leggi elidere con effetto *ex tunc*

eventuali giudizi in via principale sul contenuto del D.L. n. 198/2022 né sull’atto di conversione. Quanto al vizio che verrebbe fatto valere al momento dell’accesso alla Corte e al suo (eventuale) giudizio, esso deve essere riconosciuto nell’incompatibilità in concreto della proroga legislativa al 31 dicembre 2024 con il diritto europeo nella misura in cui esso, considerata l’interpretazione da parte della Corte di Giustizia sull’art. 12 della direttiva Bolkestein, vieta proroghe generalizzate e automatiche dei rapporti concessori in essere, contrasto così la L. n. 14/2023 con il disposto dell’art. 117, comma 1, Cost., il quale impone vincoli generali di validità ed efficacia agli atti legislativi.

¹⁴¹ Sull’ampio tema, *ex plurimis*, B. GUASTAFERRO, *Il cammino euro-unitario della Corte costituzionale nel seguito giurisprudenziale della sentenza 269 del 2017*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Granital revisited*, cit., pp. 89-102; G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell’Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Giur. cost.*, 2017, p. 2948 ss.; I. MASSA PINTO, *Il giudizio d’incostituzionalità delle leggi in caso di doppio parametro (interno ed europeo): il conflitto sulle regole d’ingaggio*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 25 ottobre 2019, p. 83 ss.

¹⁴² Sul punto, F. DONATI, *I principi del primato e dell’effetto diretto del diritto dell’Unione in un sistema di tutele concorrenti dei diritti fondamentali*, in *federalismi.it*, n. 12, 2020, p. 104 ss.

sia l'atto viziato sia l'effetto abrogativo determinato dalla sua entrata in vigore¹⁴³. L'effetto concreto di questa prospettiva risolutiva sarebbe, considerati i termini sostanziali e le circostanze temporali attuali, la messa a gara delle concessioni secondo le regole che si ricavano dalla lettura degli artt. 2, 3 e 4 della L. n. 118/2022, salvo possibilità per le amministrazioni competenti di posticipare le gare solo per motivi oggetti di impossibile svolgimento delle procedure di evidenza pubblica¹⁴⁴.

Ancora, una eventuale pronuncia di annullamento del Giudice delle leggi comporterebbe conseguenze positive in ordine alla tutela concreta delle posizioni giuridiche soggettive in ragione della portata *erga omnes* delle proprie sentenze, conducendo ciò al definitivo superamento delle criticità e delle questioni controverse a vantaggio di tutti gli operatori implicati nel settore balneari, superando in particolare la possibilità, inverteasi nella materia *de qua* come registrato in precedenza, di orientamenti giurisprudenziali divergenti. La certezza del diritto, principio-valore proprio anche dell'ordinamento europeo e fondativo del principio dell'effetto diretto, verrebbe così ristabilito, rideterminando il necessario ricompattamento della legalità come primario istituto di garanzia delle posizioni soggettive.

¹⁴³ La dichiarazione di invalidità della L. n. 14/2023, nella parte in cui ha sostituito il termine di decadenza delle concessioni in essere, opererebbe difatti sul piano della validità dell'atto i cui effetti verrebbero eliminati. Riconoscendo l'annullamento dell'effetto abrogativo recato, si giungerebbe a ritenere che la norma abrogata sia sempre rimasta in vigore, potendo essa spiegare nuovamente la propria piena efficacia dopo l'intervento costitutivo della Corte costituzionale. Sugli effetti delle sentenze di annullamento, *ex multis*, PARODI, *Articolo 136*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 2648 ss.

¹⁴⁴ La risoluzione in questi termini del contrasto normativo avrebbe esiti importanti sul regime dei provvedimenti amministrativi. La via dell'annullamento per incostituzionalità della nuova proroga in luogo di quella della disapplicazione comporterebbe, difatti, la non sostenibilità dell'assunto del Consiglio di Stato, esposto nella enunciazione del secondo principio di diritto nelle sentenze gemelle del 2021, sulla "ripresa" del rimedio disapplicativo per i singoli provvedimenti di rilascio della proroga, considerati meramente applicativi della decisione. Rifiutata l'ipotesi che essi siano *tamquam non esset*, si ritiene maggiormente convincente l'ipotesi della applicazione del regime tipico degli atti amministrativi "incostituzionali", deve altresì rigettarsi l'idea della loro nullità, stante la natura tassativa della *species* della nullità nel regime generale dei provvedimenti amministrativi che non riconosce tale vizio nel caso di illegittimità costituzionale e comunitaria mediata da una legge invalida. Si segnala rispetto a tale ipotesi ricostruttiva che la norma attributiva di tale potere, sebbene viziata sul piano costituzionale e del diritto europeo, è da ritenersi operativa fino al suo annullamento, tesi che ha già da tempo ricevuto l'avallo della giurisprudenza e della dottrina, avendo esse superate l'ipotesi di fondo della incompetenza assoluta della norma nazionale che contrasta con il diritto europeo. Si ritiene dunque, escluse queste due ipotesi risolutive, maggiormente pregevole una ricostruzione che tenga conto e armonizzi il regime ordinario di illegittimità degli atti amministrativi applicativi di una legge incostituzionale per plurime motivazioni, attraverso il ricorso alla figura dell'annullabilità. In particolare, a parere di chi scrive, gli eventuali atti di dilatazione al 31 dicembre 2024 del termine risolutivo delle concessioni in vigore sarebbero da ritenersi annullabili innanzi al (solo) Giudice amministrativo nelle forme tipiche dell'art. 21-*octies* della L. n. 241/1990 e, più specificamente, entro il termine decadenziale di 60 giorni, decorso il quale gli effetti dell'atto, seppur illegittimo e mediatamente incostituzionale, si stabilizzeranno, non residuando al G.A. il potere di rilevarla d'ufficio. In caso invece di impugnazione, facendo applicazione dell'istituto dell'annullamento e dei criteri risolutivi dell'antinomia tra nuova proroga e principi costituzionali ed europei, spetterà al singolo Giudice, non potendo egli disapplicare la norma illegittima, rimettere la questione alla Corte costituzionale o alla Corte di Giustizia affinché tale particolare antinomia venga risolta. Questa soluzione non pare risultare in contrasto con il diritto europeo e il principio della primazia, considerato che anche nell'ordinamento euro-unitario anche l'azione di annullamento innanzi alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 263 TFUE. conosce un termine prescrizione analogo, potendosi sulla scorta di ciò ritenere legittimo un termine di decadenza alquanto breve per la risoluzione dell'antinomia interna purché esso non pregiudichi gli interessi dell'Unione e sia conforme ai rimedi processuali interni in ragione del principio di equivalenza. Sul tema generale, R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2021, pp. 21-54.