RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO DELL'ECONOMIA

RASSEGNA
DI
DOTTRINA
E
GIURISPRUDENZA

DIREZIONE SCIENTIFICA

G. ALPA - M. ANDENAS - A. ANTONUCCI
F. CAPRIGLIONE - R. MASERA - R. Mc CORMICK
F. MERUSI - G. MONTEDORO - C. PAULUS

Supplemento al n. 2/2021

ISSN: 2036 - 4873

RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO DELL'ECONOMIA

WWW.RTDE.LUISS.IT

La sede della Rivista è presso
la Fondazione G. Capriglione Onlus,
Università Luiss G. Carli,
Viale Romania 32, 00197 Roma.

Direzione Scientifica

G. Alpa - M. Andenas - A. Antonucci - F. Capriglione - R. Masera

F. Merusi - R. McCormick - G. Montedoro - C. Paulus

Direttore Responsabile

F. Capriglione

Comitato Editoriale

V. Lemma - E. Venturi - D. Rossano - N. Casalino - A. Troisi

I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere riprodotti dalla Fondazione G. Capriglione Onlus su altre proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Autorizzazione n. 136/2009, rilasciata dal Tribunale di Roma in data 10 aprile 2009.

COMITATO SCIENTIFICO PER LA VALUTAZIONE

L. Ammannati, E. Bani, P. Benigno, R. Bifulco, A. Blandini, C. Brescia Morra, M. Brogi, R. Calderazzi, E. Cardi, A. Cilento, M. Clarich, A. Clarizia, R. Cocozza, G. Colavitti, F. Colombini, G. Conte, P. E. Corrias, C. G. Corvese, L. De Angelis, M. De Benedetto, P. De Carli, C. De Caro, P. de Gioia Carabellese, M. De Poli, G. Desiderio, L. Di Brina, L. Di Donna, G. Di Gaspare, F. Guarracino, F. Di Porto, G. Di Taranto, V. Donativi, M. V. Ferroni, L. Foffani, C. Fresa, P. Gaggero, I. Ingravallo, C. Irti, R. Lener, M. Libertini, L. Ludovici, N. Lupo, M. B. Magro, F. Maimeri, A. Mangione, G. Martina, S. Martuccelli, M. Maugeri, R. Miccù, F. Moliterni, S. Monticelli, G. Napolitano, G. Niccolini, A. Niutta, M. Passalacqua, M. Pellegrini, M. Proto, M. Rabitti, N. Rangone, P. Reichlin, R. Restuccia, A. Romano, A. Romolini, C. Rossano, G. Ruotolo, C. Russo, A. Sacco Ginevri, I. Sabbatelli, F. Sartori, A. Sciarrone, M. Sepe, G. Sicchiero, D. Siclari, G. Terranova, G. Tinelli, V. Troiano, A. Urbani, P. Valensise, A. Zimatore

REGOLE DI AUTODISCIPLINA PER LA VALUTAZIONE DEI CONTRIBUTI

I contributi inviati alla Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia sono oggetto di esame da parte del «Comitato scientifico per la valutazione» secondo le presenti regole.

1. Prima della pubblicazione, tutti gli articoli, le varietà, le note e le osservazioni a sentenza inviati alla *Rivista* sono portati all'attenzione di due membri del *Comitato*, scelti in ragione delle loro specifiche competenze ed in relazione all'area tematica affrontata nel singolo contributo.
2. Il contributo è trasmesso dalla *Redazione* in forma anonima, unitamente ad una scheda di valutazione, ai membri del *Comitato*, perché i medesimi – entro un congruo termine – formulino il proprio giudizio.
3. In ciascun fascicolo della *Rivista* sarà indicato, in ordine alfabetico, l'elenco dei membri del *Comitato* che hanno effettuato la valutazione dei contributi pubblicati.
4. In presenza di pareri dissenzienti, la *Direzione* si assume la responsabilità scientifica di procedere alla pubblicazione, previa indicazione del parere contrario dei membri del *Comitato*.
5. Ove dalle valutazioni emerga un giudizio positivo condizionato (a revisione, integrazione o modifica), la *Direzione* promuove la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del contributo alle indicazioni dei membri del *Comitato,* assumendosi la responsabilità della verifica.

I CONTRIBUTI DEL PRESENTE FASCICOLO SONO STATI VALUTATI DA:

A. Miglionico, M. Sepe

INDICE

FRANCESCO CAPRIGLIONE – *Presentazione* (Introdution)……..1

PAOLO GAGGERO – *Diritto comunitario, disapplicazione del diritto interno e creatività della giurisprudenza (a proposito della proroga della durata delle concessioni demaniali marittime)* (EU Law, Disapplication of Domestic Law, and Judicial Creativity (in Relation to the Prorogation of the Deadline of Maritime State Concessions)) nota a Consiglio di Stato Sez. V, 9/12/2020, n. 7837, T.A.R. Toscana, Sez. II, 8/3/2021, n. 363, T.A.R. Puglia, Lecce Sez. I, 29/6/2021, n. 981…….....6

PRESENTAZIONE

(*Introdution*)

1. In linea con la tradizione della *Rivista,* che si prefigge di offrire al lettore un'informazione critica su tematiche concernenti il diritto dell'economia, viene qui presentato un lavoro a carattere monografico che reca un significativo contributo alla chiarificazione dei rapporti tra diritto comunitario e diritto interno in ordine alla delicata questione della «proroga della durata delle concessioni demaniali marittime». La materia trattata è riconducibile alle tematiche oggetto della ricerca di *law and economics* che, nei tempi recenti, investe la globalità dei rapporti giuridici che esprimono una differente *apertura,* rispetto al passato, nel recepimento delle istanze di rinnovamento istituzionale recata dal processo di *europeizzazione.*

A fronte dell'intensificarsi di un sistema relazionale 'senza frontiere', permangono i condizionamenti imposti dalle modalità di raccordo tra diritto dell'Unione e regolazione dei singoli stati membri; da qui l'esigenza di consentire - attraverso un adeguato processo di chiarificazione normativa - nuove, significative possibilità di espansione all'interno del contesto regionale europeo. Consegue l'orientamento della ricerca verso variegati comparti ordinamentali, la cui analisi - al fine di identificare le relative problematiche e proporre possibili soluzioni - deve tener conto del nesso (*rectius*: intreccio) tra tecnicismo interdisciplinare e valutazioni di sistema.

In tale logica, si ritengono meritevoli d'apprezzamento le numerose questioni interpretative - registrate soprattutto a seguito della crisi degli anni successivi al 2007 ed alimentate, nel presente, da quella pandemica - che evidenziano l'esigenza di chiarire le modalità dell'ineludibile rapporto circolare che deve presiedere un'adeguata interazione tra il diritto comunitario e i suoi principi, da un lato, e

quello derivato, dall'altro. Ciò, ovviamente, nel rispetto della complessità di un quadro disciplinare che è venuto evolvendosi in ambiti estesi a ricomprendere settori che, *prima facie*, potrebbero ritenersi sottratti al campo d'indagine tipicamente proprio del «diritto dell'economia».

Di certo gli studi che riflettono tale impianto logico consentono - in relazione ai positivi esiti di una ricerca volta ad evidenziare il nesso «tra fatto e diritto» - di ritenere superata una diffusa opinione, consolidatasi nel passato, in ordine al carattere residuale del settore disciplinare in parola. Quest'ultimo risulterà, infatti, aperto ad uno spazio di indagine liberato dai condizionamenti rivenienti da un'obsoleta concezione giuridica, nella quale il prevalere della costruzione dommatica ha finito di sovente con l'escludere la lettura in chiave interdisciplinare della fenomenologia in osservazione; laddove l'applicazione di tale criterio metodologico si pone alla base di ogni indagine che si prefigga di individuare (*rectius*: mettere in risalto) l'essenza di quanto costituisce oggetto di analisi.

2. Il presente lavoro offre un completo quadro della normativa di riferimento in tema di concessioni demaniali nell'intento di evitare, come l'Autore tiene a precisare, la possibilità di un «invasivo passaggio da parte della giurisprudenza dal *jus dicere* al *jus facere* riservato al legislatore, erosivo o senz'altro ablativo delle competenze di quest'ultimo». E' questa una presa d'atto della necessità di evitare linee interpretative volte a sostituire il legislatore nella funzione di creare regole generali e astratte del tutto nuove; indirizzo esegetico che spesso si è avvalso delle rilevanti modifiche della regolazione, dovute all'esigenza di coordinamento della legislazione nazionale con quella dell'Unione.

Su un piano generale, l'indagine appare orientata, dunque, a valutare il livello di *armonizzazione* dei sistemi disciplinari dei paesi UE, alla luce delle indicazioni contenute negli interventi regolamentari di matrice europea. Consegue la riferibilità

a principi che assicurino la libera competitività, la serietà sotto il profilo patrimoniale delle «iniziative», l'assunzione di modalità organizzative adeguate alle innovazioni di un'attività economica oggi significativamente arricchita rispetto alla tradizionale nozione della stessa, limitata in ambiti che non sono stati sempre in grado di percepire le innovazioni di processo e di sistema succedutesi soprattutto negli ultimi decenni.

L'opera si caratterizza, pertanto, per una più intensa correlazione, rispetto al passato, con i fondamenti della realtà di mercato, contraddistinta da una progressiva affermazione della libera concorrenza; si qualifica positivamente perché l'analisi tiene conto delle specificità dei singoli paesi aderenti, nonché per l'attenta collocazione dei problemi giuridici particolari in un contesto logico nel quale la dialettica tra politica e tecnica, tra giuridico ed economico trova forme di opportuna conciliazione, più di quanto non sia dato riscontrare all'interno dei singoli Stati.

Nello specifico, la ricostruzione delle vicende processuali sottese all'*iter* evolutivo della regolazione ha messo in evidenza l'incompatibilità della normativa nazionale con quella dell'ordinamento dell'Unione, all'uopo richiamando le linee interpretative sia della Corte di Giustizia UE (decisione 16 luglio 2016), sia della Corte Costituzionale italiana (C. Cost. n. 180/2010); nonché la circostanza che quest'ultima ha pronunciato la declaratoria di incostituzionalità delle 'Leggi regionali' dispositive di proroga o di rinnovo automatico delle nominate concessioni demaniali.

Di fondo, l'analisi ha riguardo alle modalità comportamentali dello Stato italiano, il quale - al fine di evitare le conseguenze connesse all'apertura di una procedura di infrazione, poi ritirata - è intervenuto facendo ricorso all'art. 24, comma 3, *septies* del d.l. n. 113/2016, convertito con la legge n. 160/2016, prevedendo - nelle more della revisione e del riordino della materia in conformità ai principi di derivazione europea - una sanatoria dei rapporti concessori in essere in

via interinale.

La evidente complessità della fattispecie in osservazione induce l'Autore a sottolineare le difficoltà dell'opera d'integrazione che al presente connota il sistema delle fonti disciplinari interne ed europee. Consegue l'esigenza, evidenziata nell'elaborato, di dover procedere ad una rinnovata riflessione di ordine generale sulle implicazioni, esercitate a livello normativo, dalle forme con cui si realizza l'omogeneizzazione degli Stati nel contesto dell'Unione Europea.

E', questa, un'attenta riflessione in linea con il *cambiamento* innestato dalla crisi pandemica che, com'è noto, incide su profili rilevanti delle relazioni tra i paesi membri; l'Autore è, dunque, consapevole della necessità di individuare percorsi che assicurino certezze nelle regole del diritto, se del caso anche attraverso una compiuta ridefinizione del rapporto di gerarchia delle fonti.

3. Alla luce delle brevi osservazioni che precedono, è evidente come la ricerca che qui si presenta offra una significativa apertura verso nuove forme interpretative della europeizzazione dei sistemi nazionali. A ben considerare, essa può essere d'ausilio nella prospettiva di una rivisitazione delle modalità con cui realizzare il processo di convergenza giuridica ed economica tra i paesi UE. Ed invero la sospensione di significativi aspetti disciplinari ('patto di stabilità', convenzione sugli 'aiuti di Stato', ecc.), avvenuta a seguito della crisi pandemica, induce a riflettere sulla opportunità di tener fermo il criterio di sostanziale *austerity*, introdotto dal Trattato di Maastricht, che negli ultimi due decenni non ha consentito che si determinassero le condizioni per un equilibrato ed omogeneo sviluppo all'interno dell'Unione.

L'esperienza dei tempi recenti dimostra che siamo in presenza di una fase intermedia, alla quale probabilmente seguirà la transizione verso una più compiuta definizione del processo d'integrazione avviato da oltre mezzo secolo. Siamo in una

sorta di “terra di mezzo”, caratterizzata da incertezze nella fase della regolazione delle competenze, come si evince anche dal rapporto, a volte conflittuale, tra la Corte di Giustizia europea e le Corti Costituzionali nazionali.

È bene, allora, intraprendere il nuovo percorso muovendo da una opportuna conciliazione tra esigenze economiche e finalità giuridiche, cui si perviene attraverso una più equilibrata valutazione del ‘sistema delle fonti’, alla quale per l’appunto è dedicato il saggio monografico di Paolo Gaggero.

Francesco Capriglione

CONSIGLIO DI STATO
SEZ. V, 9/12/2020, N. 7837

(*Omissis)*

Il signor Ma. Zu. impugnava innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Toscana tutti gli atti della procedura di cui all'avviso pubblico 29 gennaio 2018 del Comune di Piombino, finalizzata, ai sensi del regolamento comunale per la gestione del demanio marittimo, al rilascio di titoli demaniali marittimi della durata di sei anni relativi alla realizzazione, in siti già individuati lungo la fascia costiera, di cinque "Punti Blu" per l'attività di noleggio di lettini, ombrelloni e attrezzature sportive per attività balneari.

Esponeva che la sua domanda di partecipazione, corredata dal prescritto modello di gestione di uno dei predetti "Punti Blu" (denominato "zona Baratti - Centro Velico"), era stata la prima a essere presentata per detto sito, sicché, in forza del meccanismo previsto nell'avviso pubblico in conformità al presupposto regolamento comunale, che ricalca il procedimento previsto dall'art. 37 del Codice della navigazione (r.d. 30 marzo 1942, n. 327) e dall'art. 18 del suo regolamento di esecuzione (d.P.R. 15 febbraio 1952, n. 328), era stata pubblicata all'Albo pretorio per la raccolta di eventuali osservazioni, opposizioni o domande concorrenti; dopo la proposizione di queste ultime, era stata comparata in sede di conferenza di servizi con le altre domande ammesse sulla base dei criteri di valutazione formulati nella stesse sede, risultando seconda graduata a parità di merito con altra domanda.

Tanto premesso, agiva in giudizio in via principale al fine di ottenere l'accertamento della primazia della sua proposta rispetto a quella del primo classificato e del secondo classificato a pari merito (primo motivo); in via subordinata, rappresentato che le proposte concorrenti non erano state presentate in busta chiusa e che i criteri di valutazione erano stati elaborati dopo

la conoscenza del contenuto delle proposte, lamentava la violazione dei principi di segretezza delle offerte e di predeterminazione dei criteri di valutazione, nonché l'insufficienza della motivazione dei giudizi, resa in forma numerica.

L'adito Tribunale, nella resistenza del Comune, con sentenza della Sezione seconda n. 215/2019:

- dichiarava inammissibile il primo motivo perché impingente nel merito della valutazione discrezionale riservata alla pubblica amministrazione;
- riteneva fondati i restanti motivi e accoglieva il ricorso, annullando tutti gli atti della procedura a partire dall'avviso pubblico, da rieditarsi conformemente ai principi enunciati.

A tale ultimo riguardo il primo giudice:

- richiamata la giurisprudenza secondo cui in forza del principio comunitario di concorrenzialità le concessioni demaniali, aventi a oggetto beni economicamente contendibili, devono essere affidate mediante procedura di gara, e osservato che lo stesso regolamento del Comune di Piombino prevede per l'assegnazione dei Punti Blu una procedura a evidenza pubblica, affermava il vincolo del Comune a procedere nella materia secondo i principi di pubblicità, trasparenza e parità di trattamento;
- riteneva che nella fattispecie fossero stati violati il principio di segretezza delle offerte e il principio della determinazione dei criteri di valutazione prima della loro apertura, propri di tutte le procedure concorsuali. Chiariva che l'obbligo di pubblicare le istanze di cui al regolamento di esecuzione del Codice della navigazione non può essere interpretato, come fatto dal Comune, nel senso di rendere note le proposte di concessione complete di tutti i relativi elementi, dovendo essere invece pubblicizzata solo la loro ricezione, sufficiente a provocare la maggior partecipazione al confronto competitivo e a garantire la concorrenzialità nella procedura. Chiariva altresì che la motivazione della valutazione delle proposte può essere espressa in forma numerica solo quando i sottostanti criteri

siano prestabiliti in modo sufficientemente vincolante.

Il Comune di Piombino ha appellato la predetta sentenza, deducendo: 1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 37 del Codice della navigazione di cui al r.d. 30 marzo 1942, n. 327, e dell'art. 18 del d.P.R. 15 febbraio 1952, n. 328; eccesso di potere per difetto di motivazione; 2) Ulteriore violazione ed erronea applicazione dell'art. 37 del Codice della navigazione; ulteriore violazione ed erronea applicazione dell'art. 18 del d.P.R. n. 328 del 1952; 3) Ulteriore violazione dell'art. 37 del Codice della navigazione e dell'art. 18 del d.P.R. n. 328 del 1952; violazione ed errata interpretazione dell'art. 24 del regolamento comunale; errata valutazione dei fatti e dei presupposti; difetto di motivazione. Ha concluso per la sua riforma, con conseguente reiezione del ricorso di primo grado.

Il signor Zu. si è costituito in giudizio; ha sostenuto l'infondatezza dei motivi dell'appello principale e proposto ricorso incidentale avverso la parte della sentenza impugnata che ha dichiarato inammissibile il primo motivo del ricorso di primo grado, avverso cui ha dedotto: eccesso di potere per irragionevolezza, ingiustizia e abnormità manifeste nella applicazione dei criteri di valutazione stabiliti dalla conferenza dei servizi nella comparazione delle domande proposte; violazione e falsa applicazione degli artt. 36 e 37 del Codice della navigazione e degli artt. 5 e ss. del suo regolamento; eccesso di potere per travisamento dei fatti, errore nell'istruttoria, contraddittorietà; sviamento; eccesso di potere e violazione dell'art. 3 della l. n. 241 del 1990 per carenza di motivazione. Ha poi riproposto il motivo dichiarato inammissibile, concludendo per la reiezione dell'appello principale e per la riforma della sentenza impugnata nella parte in cui non ha accolto il motivo stesso.

(*Omissis*)

1. Il Comune di Piombino, con avviso pubblico del 29 gennaio 2018, ha ammesso la presentazione di domande per la realizzazione dei "Punti Blu" indicati nel regolamento comunale approvato con deliberazione consiliare n. 46/2017 per la

gestione del demanio marittimo, destinati all'attività di noleggio di lettini, ombrelloni e attrezzature sportive per attività balneari, con rilascio di apposito titolo demaniale marittimo della durata di sei anni.

L'avviso pubblico ha previsto che:

- le domande avrebbero dovuto essere corredate dal modello DI approvato dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti firmata da tecnico competente e da una relazione tecnica e descrittiva del modello di gestione proposto;
- verificata la completezza della documentazione, le domande sarebbero state pubblicate per 30 giorni all'albo pretorio comunale e sul sito internet, indicando l'area e lo scopo della concessione, con l'invito "a tutti coloro che possono avervi altrettanto interesse" a presentare, entro il termine di 30 giorni, osservazioni, opposizioni ed eventuali domande concorrenti;
- le domande concorrenti, da presentarsi nel termine di 30 giorni successivi alla pubblicazione della prima istanza pervenuta, sarebbero state soggette a pubblicazione per un analogo periodo, al solo fine di raccogliere eventuali opposizioni e osservazioni;
- nell'ipotesi di domande concorrenti, la valutazione di "quale delle diverse istanze risponde maggiormente alla proficua utilizzazione del bene demaniale" sarebbe stata affidata a una conferenza di servizi tra gli uffici e le amministrazioni competenti, ai sensi degli art. 14 e ss. della l. 7 agosto 1990, n. 241;
- ai fini dell'aggiudicazione, l'elemento decisivo sarebbe stata la "capacità dell'istanza di soddisfare le esigenze di proficua utilizzazione del bene demaniale sulla base di un progetto di gestione che maggiormente risponde al più rilevante interesse pubblico";
- correlativamente, la motivazione dell'aggiudicazione avrebbe dovuto riferirsi "alla maggiore idoneità dell'iniziativa prescelta di soddisfare in via combinata gli interessi pubblici di valorizzazione turistica ed economica dell'area, di tutela del paesaggio e dell'ambiente e della sicurezza per la balneazione".

L'avviso pubblico ha in tal modo inteso attuare le pertinenti previsioni del r.d. 30 marzo 1942, n. 327, Codice della navigazione, e del relativo regolamento esecutivo di cui al d.P.R. 15 febbraio 1952, n. 328, che sono stati infatti richiamati nel preambolo; queste prevedono che, nel caso di più domande di concessione di beni demaniali marittimi, "è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico" (art. 37 Codice), e, al fine di provocare la presentazione di domande concorrenti, opposizioni e reclami nell'ipotesi di concessioni di particolare importanza, stabiliscono la pubblicazione della prima domanda di concessione, che "deve specificare l'uso che il richiedente intende fare del bene demaniale" e "deve essere corredata da una relazione tecnica delle opere da eseguire, dal piano della località e dai disegni particolari degli impianti", mediante affissione nell'albo del comune ove è situato il bene richiesto (artt. 6 e 18 regolamento esecuzione).

Anche il regolamento comunale della materia, costituente espresso presupposto dell'avviso pubblico, ricalca le stesse norme generali, stabilendo in particolare agli artt. 11 e 12 che l'istanza per l'ottenimento di concessione demaniale marittima, da presentarsi al Comune in uno al modello D1 approvato dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e a una relazione tecnica, è pubblicata all'Albo pretorio per eventuali osservazioni, opposizioni o proposte concorrenti da parte di terzi, e che per il caso di proposte concorrenti la valutazione di quale di esse "risponde maggiormente alla proficua utilizzazione del bene demaniale ai fini della scelta del concessionario" è effettuata in sede di conferenza dei servizi ex artt. 14 e ss. della l. 7 agosto 1990, n. 241.

I motivi. 2. Tanto premesso, la questione da affrontare ai fini della disamina dell'appello principale è se il Comune di Piombino, per la concessione delle aree demaniali marittime in parola, avrebbe dovuto indire una procedura competitiva sulla scorta del modello applicabile agli appalti pubblici.

Il primo giudice ha dato al quesito una risposta positiva, e ha quindi annullato l'avviso pubblico e tutti gli atti conseguenti, rilevando che l'Amministrazione comunale non ha rispettato due principi che in quel modello sono basilari, e cioè la segretezza delle domande e la predeterminazione dei criteri di valutazione, in quanto, come lamentato nel ricorso di primo grado, la domanda che ha attivato la procedura (proveniente dal ricorrente originario, odierno appellante incidentale) è stata pubblicata in forma integrale (cioè anche con il proposto piano di gestione), e quelle concorrenti non sono state presentate in busta chiusa, sicché all'atto dell'elaborazione dei criteri di valutazione delle stesse da parte della competente conferenza dei servizi il loro contenuto era noto. Ha poi stabilito che la riedizione della procedura avrebbe dovuto tener conto di tali principi.

Dal suo canto, l'appellante principale Comune di Piombino contesta la logicità di tale ricostruzione, osservando che l'assegnazione dei titoli sui beni demaniali marittimi non può che avvenire in forza e in stretta applicazione delle specifiche norme che il Codice della navigazione e il suo regolamento esecutivo dedicano alla materia, atteso che esse sono tutt'ora vigenti. Su tale presupposto, rileva come l'applicazione delle stesse norme è incompatibile con la segretezza delle domande (e quindi con la predeterminazione dei criteri di valutazione), sia perché essa non è in alcun modo prevista, sia perché si prevede, di contro, la pubblicazione della prima domanda pervenuta, adempimento che non può essere assicurato con le modalità indicate dal primo giudice in vista della riedizione della procedura (pubblicazione della sola ricezione), in quanto in tal modo non vi sarebbe la possibilità per gli interessati di presentare osservazioni e opposizioni sul suo contenuto, secondo quanto pure previsto nello specifico ordinamento di settore.

3. La questione di cui sopra è stata esaminata da questa Sezione del Consiglio di Stato nella sentenza 16 febbraio 2017, n. 688.

La sentenza n. 688/2017 ha affermato che non sussiste un obbligo di legge di procedere all'affidamento delle concessioni demaniali marittime nelle forme

tipiche della procedura a evidenza pubblica prevista per i contratti d'appalto della pubblica amministrazione, e che l'applicabilità del principio della previa definizione dei criteri di valutazione delle offerte alla stessa materia, perché avente a oggetto beni demaniali economicamente contendibili (Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2013, n. 5), va valutata alla luce della norma speciale di cui all'art. 37 del Codice della navigazione, che non la prevede.

Ha osservato che l'assenza di un obbligo per l'amministrazione di indire una tipica procedura a evidenza pubblica risiede nella fondamentale circostanza che l'art. 37 del Codice della navigazione contempla l'ipotesi di una domanda che perviene dal mercato privato, al contrario dell'ipotesi tipica dei contratti pubblici, in cui è invece l'amministrazione a rivolgersi a quest'ultimo.

In altri termini, "la concomitanza di domande di concessione prevista dall'art. 37 determina già di per sé una situazione concorrenziale che preesiste alla volontà dell'amministrazione di stipulare un contratto e [...] pertanto non richiede le formalità proprie dell'evidenza pubblica", sicché "la fissazione dei criteri in questo caso non assolverebbe alla sua funzione tipica di assicurare un confronto competitivo leale, perché verrebbe fatta quando le proposte di affidamento sono già state presentate".

Con la conseguenza, prosegue la decisione in commento, di dare continuità all'indirizzo espresso in materia di concessioni del demanio marittimo da questo Consiglio di Stato (VI, 26 giugno 2009, n. 5765), secondo cui "gli obblighi di trasparenza, imparzialità e rispetto della par condicio imposti all'amministrazione, anche a livello europeo, sono soddisfatti da un efficace ed effettivo meccanismo pubblicitario preventivo sulle concessioni in scadenza, in vista del loro rinnovo in favore del miglior offerente, e ciò all'evidente fine di stimolare il confronto concorrenziale tra più aspiranti; e da un accresciuto onere istruttorio in ambito procedimentale, nonché motivazionale in sede di provvedimento finale, da parte delle amministrazioni concedenti, rivelatore degli incombenti adempiuti dalla

amministrazione ai fini di rendere effettivo il confronto delle istanze in comparazione (e quindi anche sul piano degli adempimenti pubblicitari preventivi), e da cui emergano in modo chiaro, alla luce delle emergenze istruttorie, le ragioni ultime della opzione operata in favore del concessionario prescelto, in applicazione del criterio-guida della più proficua utilizzazione del bene per finalità di pubblico interesse".

4. Ciò posto, il Collegio, condividendone le motivazioni, non intende discostarsi dalle conclusioni raggiunte dalla sopra citata sentenza n. 688/2017.

In tale ottica, si rileva che anche nella procedura in esame è ravvisabile la condizione, valorizzata dalla detta sentenza in rapporto al modello procedimentale di cui all'art. 37 Cod. nav., della domanda proveniente dal mercato.

Non deve, infatti, trarre in inganno la circostanza che la procedura sia stata preceduta da un avviso pubblico. Rileva, anche a prescindere dall'osservazione che il procedimento delineato da tale avviso pubblico è in tutto conforme al procedimento exartt. 37 Cod. nav. e 18 reg. att., che esso si è limitato ad "ammettere" la presentazione di domande private per il rilascio del titolo demaniale marittimo, senza neanche prevederne la contestualità ovvero la presentazione entro un dato termine, che ha stabilito solo per la formulazione delle osservazioni, delle opposizioni e delle domande concorrenti (30 giorni successivi alla pubblicazione della prima domanda pervenuta), all'evidente fine di consentire l'adozione della relativa decisione amministrativa in tempi congrui, e senza proporre, neanche in via minimale, uno schema gestionale specifico. Si tratta quindi anche nel caso di specie di un atto meramente propulsivo che, salvo che per aspetti minimali quanto al profilo soggettivo (si prescrive per la partecipazione il possesso del brevetto di assistente bagnante mentre si escludono i soggetti già titolari di concessioni demaniali marittime e quelli dichiarati decaduti dallo stesso titolo), e direttamente conseguenti alla natura del bene demaniale quanto al profilo oggettivo (proficua utilizzazione anche in vista dell'interesse pubblico), non

orienta né conforma la platea dei partecipanti e le proposte di gestione. Con l'effetto di lasciare al mercato una libertà di adesione all'avviso che è estranea alla fattispecie in cui è l'amministrazione che a esso si rivolge, fissando con il bando le modalità di partecipazione sotto ogni aspetto, anche temporale, nonché la specifica utilità che si intende ottenere.

Inoltre, l'utilizzabilità dello schema di cui all'art. 37 Cod. nav. non è precluso dal fatto che il regolamento comunale della materia stabilisce che il gestore del bene demaniale marittimo deve essere individuato mediante "procedura di assegnazione con evidenza pubblica".

L'evidenza pubblica prescritta dal regolamento non può infatti essere ragguagliata, come fa il primo giudice, al solo modus procedendi della contrattualistica pubblica. Il richiamo intende garantire il corretto esercizio del potere pubblico, e questo è assicurato anche dal modello procedimentale previsto dagli artt. 37 Cod. nav. e 18 reg. att., cui si è attenuto lo stesso regolamento ancorché con i mutamenti derivanti dalla sua necessaria attualizzazione, che, come chiarito dalla ridetta sentenza della Sezione n. 688/2017, soddisfa gli obblighi di trasparenza, imparzialità, rispetto della par condicio e confronto concorrenziale, attraverso il meccanismo pubblicitario e gli oneri istruttori e motivazionali.

5. Di contro, non persuadono le difese dell'appellante incidentale, il quale non nega che alla fattispecie vada applicata la procedura prevista dal Codice della navigazione e dal suo regolamento esecutivo, ma ritiene, come il giudice di primo grado, che essa possa essere coniugata con il principio della segretezza delle offerte e, conseguentemente, della predeterminazione dei criteri valutativi.

La soluzione proposta, però, non risulta praticabile: resta infatti del tutto oscuro come il procedimento di rilascio del titolo demaniale marittimo, una volta che se ne sia riconosciuta l'afferenza al modello previsto dal Codice della navigazione, possa essere concretamente improntata alla integrale applicazione di tali principi.

In particolare, la pubblicazione ex art. 18 reg. att. dei meri elementi identificativi

della domanda di concessione del bene (nome del richiedente; area richiesta in concessione; scopo), renderebbe impossibile la presentazione di osservazioni e opposizioni fondate sull'aspetto progettuale della futura concessione, con la conseguenza di ridurre a un mero simulacro la pubblicazione stessa, e di impedire l'acquisizione da parte amministrativa di elementi conoscitivi utili alla valutazione della reale consistenza della domanda, che la dimensione territoriale della vicenda impone di non trascurare, anche al fine di evitare il loro possibile riflesso nelle vie contenziose amministrative o giurisdizionali.

Ancora, se è vero che nulla impedisce di predeterminare i criteri di valutazione precedentemente alla presentazione delle domande, è parimenti vero che questi, calandosi in una fattispecie non "orientata", non possono risultare sufficienti alla reale valutazione delle proposte concorrenti, non potendo che essere, in tesi, del tutto astratti, come dimostrano proprio quelli direttamente adottati nell'avviso pubblico per cui è causa.

E allora è evidente che la strada prescelta dal primo giudice comporta non la coniugazione di principi desumibili da due diversi ordinamenti di settore dal medesimo prospettata, bensì la sostituzione del modello procedimentale del Codice della navigazione con quello regolato dal Codice dei contratti pubblici: ma un tale obbligo, oltre a non discendere dal vigente ordinamento nazionale, non si rinviene neanche nel regolamento comunale della materia cui l'avviso pubblico per cui è causa si è perfettamente conformato, e che non forma oggetto dell'odierna impugnativa. Del resto, neanche il primo giudice ha optato per tale soluzione, sicché non può neanche dirsi che la sentenza gravata, con il procedimento ibrido ivi ipotizzato, possa inscriversi nel solco di quella giurisprudenza, pure ivi citata, secondo cui le concessioni demaniali devono essere affidate mediante procedura di gara (Cons. Stato, V, 11 giugno 2018, n. 3558, avente peraltro a oggetto un impianto sportivo).

6. Alle rassegnate conclusioni consegue la fondatezza delle censure con le quali il

Comune di Piombino ha lamentato l'erroneità della sentenza impugnata, per falsa applicazione degli artt. 37 Cod. nav. e 18 reg. att., l'assorbimento di ogni altra doglianza pure ivi proposta e l'accoglimento dell'appello principale dello stesso Comune.

7. Può passarsi all'esame dell'appello incidentale, che si rivela infondato e va respinto.

(*Omissis*)

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli principale e incidentale, di cui in epigrafe, così provvede:

- accoglie l'appello principale;
- respinge l'appello incidentale;

(*Omissis*)

T.A.R. TOSCANA
SEZ. II, 8/3/2021, N. 363

(*Omissis)*

Con il presente ricorso ex art. 21-*bis* della L. n. 287/1990 – in esito allo specifico procedimento amministrativo disciplinato dalla medesima legge – l'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato ha impugnato la Determina Dirigenziale n. 408 del 21 maggio 2020 del Comune di Piombino, avente a oggetto la proroga fino al 31 dicembre 2033 delle concessioni demaniali marittime aventi finalità turistico-ricreative, in quanto, secondo l'Autorità, asseritamente adottata in palese contrasto con gli articoli 49 e 56 del TFUE, nonché con i principi eurounitari in materia di libera circolazione dei servizi, di *par condicio*, di imparzialità e di trasparenza, derivanti dalla direttiva 123/2016.

La Determina comunale impugnata si fonda in particolare: a) sull'art. 1 della legge 30 dicembre 2018, n. 145 "*Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021*" (c.d. "Legge di bilancio 2019"), il quale, per quanto d'interesse in questa sede, prevede: al comma 682, che: «*Le concessioni disciplinate dal comma 1 dell'articolo 01 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494*» (i.e. le concessioni di beni demaniali marittimi) «*vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge hanno una durata, con decorrenza dalla data di entrata in vigore della presente legge, di anni quindici. Al termine del predetto periodo, le disposizioni adottate con il decreto di cui al comma 677, rappresentano lo strumento per individuare le migliori procedure da adottare per ogni singola gestione del bene demaniale*»; e, al successivo comma 683, che «*Al fine di garantire la tutela e la custodia delle coste italiane affidate in concessione, quali risorse turistiche fondamentali del Paese, e tutelare l'occupazione e il reddito delle*

imprese in grave crisi per i danni subiti dai cambiamenti climatici e dai conseguenti eventi calamitosi straordinari, le concessioni di cui al comma 682, vigenti alla data di entrata in vigore del decreto-legge 31 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25, nonché quelle rilasciate successivamente a tale data (...) hanno una durata, con decorrenza dalla data di entrata in vigore della presente legge, di anni quindici (...)»; b) sull'art. 182, comma 2, del D.L. 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. "Decreto Rilancio"), nella formulazione vigente al momento dell'adozione della Determina del Comune di Piombino, antecedente alle modifiche apportate in sede di conversione in legge, il quale prevedeva che «*In riferimento ai beni del demanio marittimo in concessione, tenuto conto degli effetti derivanti nel settore dall'emergenza da COVID-19 nonché dell'esigenza di assicurare la certezza dei rapporti giuridici e la parità di trattamento tra gli operatori, in conformità a quanto stabilito dall'articolo 1, commi 682 e 683 della legge 30 dicembre 2018, n. 145, per le aree e le relative pertinenze oggetto di riacquisizione già disposta o comunque avviata o da avviare, oppure di procedimenti di nuova assegnazione, gli operatori proseguono l'attività nel rispetto degli obblighi inerenti al rapporto concessorio già in atto*».

In particolare, il Comune di Piombino, con la Determina Dirigenziale n. 408 del 21 maggio 2020, ha deliberato l'attivazione del procedimento per la formalizzazione della estensione della durata delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative sino al 31 dicembre 2033. Tale determina è stata assunta, premessa una ampia ricostruzione del quadro normativo nazionale ed europeo in materia di concessioni demaniali marittime, sul presupposto che "*sulla base del disposto dei commi 682, 683 e 684 dell'articolo 1 della legge n. 145/2018, la durata delle concessioni demaniali marittime aventi finalità turistico ricreative è estesa fino al 31 dicembre 2033*".

Un privato cittadino, in data 26 maggio 2020, ha segnalato tale determina alla Autorità garante della Concorrenza e del Mercato ritenendo che la stessa fosse

lesiva della libera concorrenza.

L'Autorità, preso atto di tale comunicazione, in data 28 luglio 2020, ha reso un parere motivato ai sensi dell'art. 21-*bis* della L. n. 287/1990 indirizzato al Comune di Piombino, rilevando, in sintesi, come l'Amministrazione avrebbe dovuto disapplicare la normativa in precedenza richiamata in quanto in contrasto con i principi europei in materia di tutela della concorrenza (artt. 49 e 56 TFUE) nonché con le previsioni di cui all'art. 12 della c.d. "Direttiva servizi" (2006/123/CE), anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia che si è formata sul punto (e in particolare, della pronuncia pregiudiziale del 2016, resa nelle cause riunite C-458/14 e C-67/15 - sent. "Promoimpresa").

L'Autorità, pertanto, ha invitato il Comune a conformarsi al suddetto parere entro il termine di sessanta giorni dalla sua ricezione precisando che "*laddove entro il suddetto termine tali iniziative non dovessero risultare conformi ai principi concorrenziali sopra espressi, l'Autorità potrà presentare ricorso entro i successivi trenta giorni*".

Il Comune di Piombino, in data 8 settembre 2020, ha trasmesso le proprie osservazioni, sostenendo la legittimità del proprio operato. In particolare, rilevando che l'Autorità avesse adottato il proprio parere sulla base di una carente istruttoria, in quanto: "*nel tratto di arenile maggiormente significativo per estensione, la cosiddetta Cost Est, le cinque concessioni demaniali marittime rilasciate antecedentemente all'adozione della direttiva 123/2006 sono ricomprese negli Ambiti di Servizio definiti dal Piano Particolareggiato della Zona F1.3 – Parco Territoriale della Costa Orientale e della Sterpaia, aventi, tra l'altro, un fronte mare complessivo pari a di 820 ml, corrispondenti al 33,68% dell'intero fronte mare attualmente concessionato, sono state assegnate nel corso dell'anno 2002 previa procedura comparativa ad evidenza pubblica in ragione di quanto segue. Con deliberazione G.C. n. 135/2002 avente ad oggetto "Indirizzi per l'esercizio della delega in materia di funzioni amministrative sulle aree del demanio marittimo" del*

Comune di Piombino, l'Amministrazione comunale, previa convenzione n. 224 del 15 settembre 1993, ha affidato alla società a prevalente capitale pubblico partecipata dal Comune di Piombino, Parchi Val di Cornia S.p.a., le funzioni relative all'attuazione ed alla gestione del Parco della Sterpaia e della Costa Orientale del Comune di Piombino incaricandola de "la definizione dei bandi pubblici, l'attivazione delle relative procedure per l'assegnazione delle aree demaniali relative a porzioni di arenile funzionalmente connesse agli Ambiti di Servizio alla balneazione previsti dal P.P. [Piano Particolareggiato] approvato dal C.C. con atto n. 138/1999, in quanto ciò concerne di organizzare razionalmente gli stabilimenti balneari previsti nelle aree di proprietà comunale individuando un unico soggetto gestore degli arenili e delle attrezzature balneari" (...). *Tuttavia, le concessioni demaniali marittime, sulla base delle previsioni del P.P.5 relative al Parco della Sterpaia/Costa Est fanno parte dei cosiddetti Ambiti di Servizio, di cui -per le disposizioni comuni- sono regolamentati all'art. 21 delle N.T.A. del P.P. e, poi, meglio circostanziati, rispettivamente agli artt. 22-26. Ciascun Ambito di Servizio singolarmente definito e descritto agli artt. 22-26 costituisce, per così dire, un tutt'uno, all'interno del quale è ricompresa anche la porzione di demanio marittimo da assegnare, sulla base dei criteri e delle modalità prescelte dalla Parchi Val di Cornia S.p.a. alla quale, già nel 2002, era stato indicato dalla Giunta Comunale del Comune di Piombino di procedere secondo procedura comparativa. (...). Pertanto, la gestione delle aree sopra dette continua a spettare in via esclusiva a Parchi Val di Cornia S.p.a. e le concessioni demaniali marittime ricomprese negli Ambiti di Servizio sopra individuati, ancorché materialmente rilasciate dal Comune di Piombino, seguiranno inevitabilmente le sorti di assegnazione secondo le modalità che saranno prescelte dalla predetta Società, nell'ambito della propria autonomia gestionale, per l'individuazione dei privati cui affidare, in via unitaria ed onnicomprensiva, i predetti Ambiti di Servizio, anche tenuto conto che la deliberazione di Giunta Comunale n. 135/2002 è tutt'ora vigente in quanto non*

risulta, allo stato, superata da successive e diverse indicazioni operative del Comune di Piombino".

In definitiva, secondo l'Amministrazione comunale, l'Autorità avrebbe omesso di considerare che alcune aree interessate alla proroga rientrassero nei cc.dd. "Ambiti di servizio" e dunque - rispetto ad essi - doveva essere interpellata la società Parchi Val di Cornia S.p.a., alla quale, il Comune aveva attribuito le funzioni relative all'attuazione ed alla gestione del Parco della Sterpaia e della Costa Orientale del Comune di Piombino. Inoltre, le aree demaniali relative a porzioni di arenile funzionalmente connesse agli Ambiti di servizio erano state assegnate (unitamente alle aree di proprietà comunale) previo esperimento di procedura ad evidenza pubblica da parte della società Parchi Val di Cornia, con contratti che potevano anche avere scadenza successiva al 31 dicembre 2020.

In ogni caso, non troverebbero applicazione le disposizioni invocate dalla Autorità, in quanto la costa di Piombino - per le sue caratteristiche - non potrebbe considerarsi una "risorsa scarsa"; vi sarebbe, inoltre, una evidente disparita di trattamento rispetto a situazioni analoghe, presenti all'interno del territorio nazionale, dove - pur in presenza di numerosi procedimenti volti a formalizzare la estensione della durata delle concessioni - l'Autorità non era intervenuta.

L'Autorità, preso atto del mancato adeguamento al parere ricevuto e ritenendo non condivisibili le motivazioni addotte dal Comune di Piombino, ha dunque presentato il ricorso oggi in decisione al fine di ottenere l'annullamento della determina dirigenziale n. 408 del 21 maggio 2020, deducendo, come già detto, l'invalidità del suddetto provvedimento amministrativo, per invalidità derivata dal contrasto tra la normativa statale applicata e la normativa europea ritenuta direttamente applicabile. Si è costituito il Comune di Piombino, formulando numerose eccezioni preliminari, di cui si darà conto nella parte motivazionale, e sostenendo nel merito la legittimità del proprio operato; in particolare opponendo che la proroga riguarderebbe solamente le concessioni rilasciate in periodo

antecedente all'adozione della direttiva 2006/123/CE (ossia quelle "aventi i requisiti") e in scadenza al 30 dicembre 2020, e in ogni caso, subordinatamente agli esiti dell'istruttoria prevista dalla medesima determina impugnata. Il tutto in un quadro caratterizzato da ampia disponibilità di arenile concessionabile per la realizzazione di stabilimenti balneari/spiagge attrezzate, a pianificazione urbanistica invariata, e rispetto a concessioni il cui volume d'affari sarebbe sensibilmente inferiore alla soglia comunitaria per servizi e forniture affidati da amministrazioni sub-centrali.

In particolare, il Comune di Piombino ha evidenziato che l'estensione in metri lineari delle concessioni oggetto di proroga sarebbe pari a circa 665 ml (ossia il 27% delle spiagge attualmente concessionate e circa il 5% delle spiagge potenzialmente balneabili del Comune di Piombino) per un numero di concessioni demaniali marittime pari a n. 8. Mentre le spiagge ancora disponibili corrisponderebbero ad oltre 300 ml e risulterebbero già concessionabili almeno sei tratti di arenile di competenza del Comune di Piombino, a pianificazione urbanistica invariata.

Perciò mancherebbero i presupposti, per applicazione dell'art. 12 della direttiva 2006/123, costituiti dalla scarsità delle risorse naturali e dell'interesse transfrontaliero certo.

La difesa del Comune ha inoltre evidenziato la necessità di tutelare l'affidamento degli operatori del settore, fra l'altro rafforzato dall'entrata in vigore in data 19 maggio 2020 del d.l. n. 34/2020.

Si sono costituiti, in qualità di controinteressati, alcuni titolari, meglio indicati in epigrafe, di concessioni demaniali marittime aventi finalità turistico ricreativa, nonché la Parchi Val di Cornia S.p.A. - società a totale partecipazione pubblica, come si è detto, coinvolta nella gestione amministrativa delle concessioni marittime oggetto del presente giudizio. Mentre è intervenuto, *ad opponendum*, il Sindacato Italiano Balneari. Anche tali parti hanno preliminarmente svolto diverse

eccezioni preliminari, argomentando poi in ordine al merito del ricorso di cui hanno chiesto il rigetto.

All'udienza del 3 marzo 2021, celebrata con collegamento da remoto in videoconferenza, la causa, previa discussione delle parti, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. *Sulle eccezioni preliminari*.

1.1. Il Comune e i controinteressati eccepiscono l'inammissibilità del ricorso in quanto proposto con l'assistenza di un avvocato del libero foro, pur vertendosi in ipotesi di patrocinio obbligatorio da parte dell'Avvocatura dello Stato. L'eccezione è infondata. L'art. 5 del r.d. n. 1611/1933, infatti, consente alle Amministrazioni statali di rivolgersi ad avvocati del libero foro in ipotesi "eccezionali", fra le quali vi rientra il caso in cui la difesa erariale verrebbe a trovarsi in situazione di conflitto di interessi. Ebbene, nella fattispecie è dedotto, con il ricorso, il contrasto tra normativa eurounitaria e legge statale interna e, come osservato nel parere dell'Avvocatura distrettuale dello Stato versato in atti, è alquanto probabile, stante l'avvio della procedura di infrazione da parte della Commissione europea, che l'Avvocatura dello Stato possa trovarsi a dover esercitare il proprio compito istituzionale di difendere la vigente disciplina legislativa nazionale davanti alle giurisdizioni sovranazionali. Sicchè, correttamente, l'AGCM, esaurita la fase precontenziosa, s'è rivolta ad un avvocato del libero foro per adire questo Tribunale, stante il chiaro tenore del suddetto parere.

1.2. Il Comune eccepisce poi l'inammissibilità del ricorso, in quanto il parere motivato di cui all'art. 21-*bis* della l. n. 287/1990 sarebbe stato trasmesso al Comune il 4 agosto 2020, decorso il termine di sessanta giorni dall'esposto del 26 maggio 2020 con cui la delibera n. 408/2020 era stata portata a conoscenza dell'AGCM. Anche tale eccezione è infondata, posto che, come affermato dal Consiglio di Stato, VI sez., nella sentenza n. 2294 del 2017, i termini previsti

dall'art. 21 *bis* per lo sviluppo del contraddittorio infra-procedimentale, non sono perentori, ma configurano in realtà l'unico termine di centocinquanta giorni dalla conoscenza dell'atto, il cui rispetto è necessario al fine di garantire la certezza e la stabilità delle situazioni giuridiche, e che nella fattispecie è rispettato. Pertanto, deve ritenersi ammissibile l'emissione del parere oltre il primo termine di sessanta giorni anche quando ciò comprime il termine effettivamente disponibile per conformarsi assegnato all'amministrazione destinataria del parere, termine che a fronte di una comunicazione tardiva risulterebbe in fatto inferiore a sessanta giorni, in ragione della già iniziata sua decorrenza.

1.3. Viene poi eccepita, da parte del Comune resistente, la genericità del parere dell'Autorità al medesimo inviato; ma anche tale eccezione è infondata, recando il parere, conformemente al paradigma dell'art. 21-*bis*, l'indicazione delle specifiche violazioni riscontrate, come appresso si dirà.

1.4. Il Comune eccepisce, ancora, la carenza di interesse al ricorso sul presupposto che la determina n. 408/2020 impugnata non sarebbe attualmente lesiva, non comportando essa stessa la proroga automatica delle concessioni, ma solamente – su richiesta degli interessati – l'avvio del procedimento per verificare la sussistenza dei presupposti per il suo rilascio. Anche quest'ultima eccezione è infondata. Con la delibera n. 408/2020 il Comune, infatti, ha espressamente inteso dare attuazione alla disciplina dettata dai commi 682 e 683 della l. n. 145/2018, disponendo che per le concessioni ivi contemplate si procederà al rinnovo delle stesse mediante la procedura all'uopo prevista. Ciò ha concretato indubbiamente una lesione attuale e concreta dell'interesse, alla libertà di concorrenza ed al corretto funzionamento del mercato, di cui l'Autorità è istituzionalmente portatrice, avendo il Comune con tale delibera - anziché orientarsi per l'applicazione del diritto eurounitario - escluso di dover attivare le procedure ad evidenza pubblica per l'individuazione dei nuovi concessionari, una volta scadute le concessioni in essere. Dunque, la delibera n. 408/2020, orientando in maniera

definitiva la futura azione amministrativa, non sarà seguita da altri provvedimenti finali ma solo da una successiva fase di verifica all'esito della quale saranno sottoscritti gli atti integrativi delle concessioni da prorogare. Non può, dunque, dubitarsi dell'interesse dell'AGCM all'impugnazione immediata della delibera n. 408/2020.

1.5. La società Parchi Val di Cornia eccepisce anch'essa l'inammissibilità del ricorso, per violazione dell'art. 21-*bis*, in quanto il parere sarebbe stato notificato al solo Comune, con conseguente suo mancato coinvolgimento nella fase precontenziosa, nonostante la stessa fosse titolare di una funzione amministrativa di gestione delle concessioni. L'eccezione è infondata. Come correttamente evidenziato dalla difesa dell'Autorità, la finalità della notifica del parere è quella di consentire all'Amministrazione che ha emanato l'atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza di conformarsi alle indicazioni dell'AGCM, permettendole di evitare la successiva impugnazione di tale atto di fronte al giudice amministrativo. Nella fattispecie in esame, l'atto lesivo delle norme in materia di concorrenza è esclusivamente la determina dirigenziale n. 408/2020 del Comune di Piombino, rispetto alla quale la società Parchi Val di Cornia non ha esercitato alcuna funzione amministrativa. Per cui correttamente quest'ultima non è stata coinvolta nella fase precontenziosa, mentre è stata evocata in giudizio, non in qualità di amministrazione resistente, bensì, a titolo di mera *denuntiatio litis*, in qualità di soggetto tenuto all'applicazione della determina n. 408/2020, per quanto riguarda gli ambiti territoriali affidati alla sua gestione.

1.6. Per proprio conto, il Sindacato italiano balneari, nell'eccepire l'inammissibilità del ricorso per difetto d'interesse, deduce invece che la proroga delle concessioni demaniali discenderebbe direttamente dalla legge e che, pertanto, l'atto impugnato avrebbe natura meramente ricognitiva delle previsioni della legge statale sulla durata delle concessioni e perciò non avrebbe valore provvedimentale, né efficacia lesiva, con la conseguenza che l'accoglimento del

ricorso non potrebbe condurre all'esito sperato, ovverosia all'indizione di una gara. Anche tale eccezione non coglie nel segno. Infatti, come già spiegato, con il provvedimento impugnato con l'odierno ricorso l'amministrazione comunale ha ritenuto di dare concreta attuazione alla proroga prevista dalla citata disposizione statale, escludendo perciò di doverla disapplicare in favore del diritto eurounitario, indicendo una procedura di valutazione comparativa tra le domande concorrenti. Scelta questa che, come già detto, l'Autorità ha interesse a contestare al fine di determinare l'obbligo per il Comune, appunto, di indire una nuova procedura ad evidenza pubblica per il rilascio dei nuovi titoli.

1.7. Lo stesso interveniente eccepisce, altresì, l'omessa impugnazione della delibera G.R. Toscana n. 711/2019 dalla quale discenderebbe il dovere in capo al Comune di agire nei termini recepiti nella determina n. 408/2020. Anche tale eccezione è infondata, in quanto, come messo in luce della difesa della Autorità ricorrente, la d.G.R. n. 711/2019, nella sua funzione di nota d'indirizzo generale e senza alcuna valenza innovativa, si è limitata infatti a «*fornire indicazioni agli enti gestori riguardo agli adempimenti da porre in essere in ossequio alle disposizioni della legge statale ... Resta fermo che la rideterminazione della durata discende direttamente dalla legge, per cui le indicazioni che si forniscono alle Amministrazioni competenti sono esclusivamente funzionali all'individuazione della procedura per la formalizzazione di un diritto acquisito dal concessionario direttamente in base alla legge*». È dunque evidente che tale delibera, per la sua neutralità, non configura un atto presupposto da impugnare a pena di inammissibilità.

1.8. Infine, l'Autorità ricorrente, nella propria memoria di replica, eccepisce l'inammissibilità dell'intervento del Sindacato italiano balneari per carenza di un interesse collettivo e per la disomogeneità di interessi rappresentati. Tale eccezione non può essere accolta, trattandosi di associazione, cui partecipano le aziende turistico-balneari che svolgono la propria attività sul demanio marittimo in

regime di concessione, che per statuto ha la rappresentanza delle istanze e delle esigenze degli operatori del turismo balneare. Dunque, tenuto conto dei parametri indicati sul punto dal Consiglio di Stato (Adunanza Plenaria, 20 febbraio 2020, n. 6), ferma la rilevanza della questione oggetto di giudizio rispetto alle finalità statutarie perseguite, non risulta che alcuno degli operatori economici che partecipi al S.I.B. abbia assunto iniziative di carattere giurisdizionale contrastanti con l'intervento in giudizio dell'ente collettivo; per cui non può essere disconosciuta l'omogeneità degli interessi rappresentati.

2. Nel merito il ricorso è fondato per le ragioni che si passa ad esporre.

2.1. *Sull'obbligo di disapplicazione*.

Si è detto che il Comune di Piombino ha ritenuto di adottare la delibera in questa sede impugnata, quale atto meramente esecutivo della proroga legislativa automatica delle concessioni demaniali in essere fino al 2033, di cui all'articolo unico, commi 682 e ss., l. 30 dicembre 2018, n. 145.

Viceversa, come fondatamente sostenuto dall'AGCM ricorrente, il Comune avrebbe dovuto disapplicare le disposizioni di proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere per contrasto alla normativa eurounitaria; e in ciò consiste il vizio che inficia in radice la Determina Dirigenziale comunale n. 408/2020.

Come è noto, prima ancora della nota sentenza della Corte di Giustizia del 14 luglio 2016 (in cause riunite C-458/14, Promoimpresa S.r.l. e C-67/15, Mario Melis e altri), la giurisprudenza aveva già largamente aderito all'interpretazione dell'art. 37 cod. nav. che privilegia l'esperimento della selezione pubblica nel rilascio delle concessioni demaniali marittime, derivante dall'esigenza di applicare le norme conformemente ai principi comunitari in materia di libera circolazione dei servizi, di *par condicio*, di imparzialità e di trasparenza, sanciti dalla direttiva 123/2016, essendo pacifico che tali principi si applicano anche a materie diverse dagli appalti, in quanto riconducibili ad attività, suscettibile di apprezzamento in termini

economici.

In tal senso si era espresso, già da tempo risalente, il Consiglio di Stato che ha ritenuto applicabili i detti principi "*anche alle concessioni di beni pubblici, fungendo da parametro di interpretazione e limitazione del diritto di insistenza di cui all' art. 37 del codice della navigazione*", sottolineandosi che "*la sottoposizione ai principi di evidenza trova il suo presupposto sufficiente nella circostanza che con la concessione di area demaniale marittima si fornisce un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai ricordati principi di trasparenza e non discriminazione*"(cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 25 gennaio 2005 n. 168 e, nello stesso senso, in epoca più recente Cons. Stato, Sez. VI, 31 gennaio 2017 n. 394).

Detti principi sono stati riaffermati dalla Corte di Giustizia UE, nella nota sentenza Sez. V, 14 luglio 2016, in cause riunite C-458/14 e C-67/15, ad avviso della quale "*L'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico- ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati*".

Da tale sentenza, si desume che la proroga *ex lege* delle concessioni demaniali aventi natura turistico-ricreativa non può essere generalizzata, dovendo la normativa nazionale ispirarsi alle regole della Unione europea sulla indizione delle gare.

La Corte di Giustizia, più specificamente, chiamata a pronunciarsi sulla portata dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE (cd. *Bolkestein*) del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno (direttiva servizi), ha affermato, in primo luogo, che le concessioni demaniali marittime a uso turistico-ricreativo rientrano in linea di principio nel campo di applicazione della

suindicata direttiva, restando rimessa al giudice nazionale la valutazione circa la natura "scarsa" o meno della risorsa naturale attribuita in concessione, con conseguente illegittimità di un regime di proroga *ex lege* delle concessioni aventi ad oggetto risorse naturali scarse, regime ritenuto equivalente al rinnovo automatico delle concessioni in essere, espressamente vietato dall'art. 12 della direttiva.

In secondo luogo, la Corte di giustizia ha affermato che, per le concessioni alle quali la direttiva non può trovare applicazione, l'art. 49 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) osta a una normativa nazionale, come quella italiana oggetto dei rinvii pregiudiziali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentino un interesse transfrontaliero certo.

Pertanto, in seguito alla soppressione, in ragione delle disposizioni legislative sopra richiamate, dell'istituto del "diritto di insistenza", ossia del diritto di preferenza dei concessionari uscenti, l'amministrazione che intenda procedere a una nuova concessione del bene demaniale marittimo con finalità turistico-ricreativa, in aderenza ai principi eurounitari della libera di circolazione dei servizi, della *par condicio*, dell'imparzialità e della trasparenza, ai sensi del novellato art. 37 cod. nav., è tenuta ad indire una procedura selettiva e a dare prevalenza alla proposta di gestione privata del bene che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e risponda a un più rilevante interesse pubblico, anche sotto il profilo economico.

A fronte dell'intervenuta cessazione del rapporto concessorio, come sopra già evidenziato, il titolare del titolo concessorio in questione può vantare un mero interesse di fatto a che l'amministrazione proceda ad una nuova concessione in suo favore e non già una situazione qualificata in qualità di concessionario uscente, con conseguente inconfigurabilità di alcun obbligo di proroga *ex lege* o da parte

dell'amministrazione.

Ne deriva che l'operatività delle proroghe disposte dal legislatore nazionale non può che essere esclusa in ossequio alla pronuncia del 2016 del giudice eurounitario, come già stabilito dal Consiglio di Stato, sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874, con riferimento, sia alle proroghe disposte dall'art. 1, comma 18, d.l. n. 194/2009 e dall'art. 34-*duodecies*, d.l. 179/2012, e, a decorrere dal 1° gennaio 2013, dall'art. 1, comma 547, l. 24 dicembre 2012, n. 228, sia alla proroga legislativa automatica delle concessioni demaniali in essere fino al 2033, disposta dall'articolo unico, comma 683, l. 30 dicembre 2018, n. 145.

Di talché, come chiaramente statuito dal Consiglio di Stato con la sentenza appena citata, la proroga legale delle concessioni demaniali in assenza di gara "*non può avere cittadinanza nel nostro ordinamento*".

Nel caso di specie, deve dunque trovare applicazione la Direttiva 2006/123/CE (c.d. "Direttiva Servizi"), il cui art. 12 prevede chiaramente 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*» (par. 1) e che, in tali casi, «*l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami*» (par. 2).

Tale Direttiva è espressiva di norme immediatamente precettive – in particolare, sotto il profilo della precisa e puntuale "norma di divieto" che si rivolge, senza che occorra alcuna disciplina attuativa di sorta da parte degli Stati membri, a qualunque ipotesi (tanto più se generalizzata e incondizionata come nel caso di specie) di proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in

essere per attività turistico-ricreative, in assenza di procedura di selezione tra i potenziali candidati. E rispetto a tale "norma di divieto", indiscutibilmente dotata di efficacia diretta, il diritto interno è necessariamente tenuto a conformarsi.

Invero, come chiarito dalla recente sentenza del Consiglio di Stato n. 7874 del 2019 cit., a fronte di una disposizione interna contrastante con l'ordinamento comunitario "*la non applicazione della disposizione interna contrastante con l'ordinamento comunitario costituisce un potere-dovere, per il giudice, che opera anche d'ufficio (cfr., tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2018 n. 1219 e, prima ancora, Corte Casss., 18 novembre 1995 n. 11934), al fine di assicurare la piena applicazione delle norme comunitarie, aventi un rango preminente rispetto a quelle dei singoli Stati membri. Infatti la pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia crea l'obbligo del giudice nazionale di uniformarsi ad essa e l'eventuale violazione di tale obbligo vizierebbe la sentenza secondo la disciplina dell'ordinamento interno e, al contempo, darebbe luogo a una procedura di infrazione nei confronti dello stato di cui quel giudice è organo (cfr., da ultimo, Cons. Stato, Sez. VI, 3 maggio 2019 n. 2890).*

Tale dovere sussiste indipendentemente dal fattore temporale e quindi dalla mera circostanza che la norma interna confliggente sia precedente o successiva a quella comunitaria (cfr. Corte giust. 9 marzo 1978, causa 106/77).

Allo stesso modo, le statuizioni della Corte di Giustizia, le quali chiariscono il significato e la portata di una norma del diritto dell'Unione, possono e devono essere applicate anche a casi diversi rispetto a quelli oggetto del rinvio, aventi le stesse caratteristiche di quello che ha dato origine alla decisione della Corte (cfr. Corte Cost., ord. 23 giugno 1999 n. 255 e 23 aprile 1985 n. 113; Cass., Sez. I, 28 marzo 1997 n. 2787).

Occorre poi rammentare, in particolare con riferimento al caso qui in esame, che è ormai principio consolidato in giurisprudenza quello secondo il quale la disapplicazione (rectius, non applicazione) della norma nazionale confliggente con

il diritto eurounitario, a maggior ragione se tale contrasto è stato accertato dalla Corte di giustizia UE, costituisca un obbligo per lo Stato membro in tutte le sue articolazioni e, quindi, anche per l'apparato amministrativo e per i suoi funzionari, qualora sia chiamato ad applicare la norma interna contrastante con il diritto eurounitario (cfr., pressoché in termini, Cons. Stato, Sez. VI, 23 maggio 2006 n. 3072, ma a partire da Corte costituzionale 21 aprile 1989 n. 232, e in sede europea da Corte di Giustizia della Comunità europea, 22 giugno 1989, C- 103/88 Fratelli Costanzo, nonché Corte di Giustizia dell'Unione europea 24 maggio 2012, C-97/11 Amia).

Qualora, pertanto, emerga contrasto tra la norma primaria nazionale o regionale e i principi del diritto eurounitario, è fatto obbligo al dirigente che adotta il provvedimento sulla base della norma nazionale (o regionale) di non applicarla (in contrasto con la norma eurounitaria di riferimento), salvo valutare la possibilità di trarre dall'ordinamento sovranazionale una disposizione con efficacia diretta idonea a porre la disciplina della fattispecie concreta (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2018 n. 1342)".

Tali principi, tutti pienamente condivisi dal Collegio, costituiscono ormai stabili acquisizioni della giurisprudenza amministrativa e sono stati di recente unanimemente ribaditi, in cause aventi analogo oggetto, da: T.A.R. Pescara, n. 40/2021; T.A.R. Salerno, n. 265/2021, T.A.R. Catania, n. 505/2021; T.A.R. Veneto n. 218/2020.

Peraltro, anche la Corte Costituzionale, con la recente sentenza n. 10 del 29 gennaio 2021, in relazione ad una norma di legge regionale che prevedeva un meccanismo di rinnovo automatico delle concessioni demaniali marittime già esistenti, ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, affermando fra l'altro, che tale meccanismo di rinnovo sottrarrebbe le concessioni "*alle procedure a evidenza pubblica conformi ai principi, comunitari e statali, di tutela della concorrenza... per consentire de facto la mera prosecuzione dei rapporti concessori già in essere, con*

un effetto di proroga sostanzialmente automatica – o comunque sottratta alla disciplina concorrenziale – in favore dei precedenti titolari. Un effetto, come poc'anzi rammentato, già più volte ritenuto costituzionalmente illegittimo da questa Corte".

I controinteressati deducono inoltre che la Direttiva non sarebbe applicabile a concessioni sorte prima della scadenza del termine per la sua trasposizione. Tale argomentazione è però infondata. Infatti, innanzitutto, la determinazione qui impugnata n. 408/2020, nel dare attuazione alla disciplina di cui ai commi 682 e 683 della l. n. 145/2018, non distingue tra concessioni sorte prima o dopo il suddetto termine ma è riferita a tutte le concessioni in essere al momento dell'entrata in vigore della l. n. 145/2018. In ogni caso, l'applicabilità della Direttiva europea non può dipendere dall'epoca del rilascio concessioni, dovendo trovare applicazione il principio *tempus regit actum*, e dovendo il provvedimento amministrativo di proroga essere esaminato alla luce della disciplina anche eurounitaria vigente (cfr. T.A.R. Pescara, n. 40/2021).

Dunque, una volta accertato che le concessioni in esame rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, è possibile affermare che - come sancito dalla citata sentenza della Corte di Giustizia del 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15 - il rilascio delle stesse è necessariamente subordinato all'espletamento di una procedura di selezione tra potenziali candidati, che deve presentare garanzie di imparzialità, trasparenza e pubblicità.

Deve pertanto ritenersi che la proroga disposta dall'Amministrazione resistente e la conseguente decisione di non dar corso alla procedura comparativa, siano state disposte in aperta violazione del divieto di applicazione dell'art. 1, commi 682 e 683 della legge n. 145 del 2018.

Per tali ragioni la determina impugnata è illegittima e deve essere annullata.

2.2. *Sulla scarsità della risorsa*.

Sotto tale profilo, deve osservarsi che la stessa determina n. 408/2020 accenna alla

possibilità di rilasciare concessioni ad altri operatori negli ulteriori 300 metri di costa disponibile, mentre nelle proprie memorie il Comune di Piombino spiega come le ulteriori concessioni potenzialmente rilasciabili siano sette ed interessino complessivamente 475 metri lineari; ma ciò, ad avviso del Collegio, è comunque, di per sé indicativo della scarsità della risorsa in oggetto.

Peraltro, deve essere considerato che le spiagge sono beni naturali il cui numero è ontologicamente limitato, appunto in ragione della scarsità delle risorse naturali. In questo senso, di recente, il Consiglio di Stato, sez. IV, 16 febbraio 2021, n. 1416, ha statuito che le concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative hanno come oggetto un bene/servizio limitato nel numero e nell'estensione a causa della scarsità delle risorse naturali "*la spiaggia è infatti un bene pubblico demaniale (art. 822 c.c.) e perciò inalienabile e impossibilitato a formare oggetto di diritti a favore di terzi (art. 823 c.c.), 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*".

D'altro canto, la Commissione europea, nella lettera al Governo italiano di avvio della procedura di infrazione, del 3 dicembre 2020, ha ritenuto che le proroghe di cui all'articolo 1, commi 682 e 683, della legge di bilancio, ulteriormente estese dall'articolo 100 del decreto-legge n. 104/2020 al fine di ricomprendervi, tra l'altro, le concessioni lacuali e fluviali nonché quelle per la nautica da diporto, riguardino inevitabilmente "*concessioni aventi ad oggetto risorse che devono essere considerate scarse in base ai criteri stabiliti dall'articolo 12 della DS e specificati nella sentenza della CGUE*".

La difesa del Comune, sempre sotto questo profilo, inoltre, insiste sul fatto che non tutte le concessioni in essere verranno effettivamente prorogate, ricadendo queste all'interno di regimi diversificati, e che le concessioni concretamente prorogabili siano in pratica solamente otto e interessino circa 665 ml di spiaggia, su

un totale di ventuno concessioni per 2,435 Km di spiaggia. Tuttavia, anche tali circostanze non appaiono dirimenti alla luce di quanto sopra spiegato, e comunque la proroga di cui alla determina impugnata sembra riguardare, in modo automatico e generalizzato, senza operare distinzioni, tutte le concessioni in essere, in aderenza al dettato legislativo.

In ogni caso, ciò che rileva in questa sede è il fatto che il Comune di Piombino, con la determina impugnata, abbia applicato l'art. 1, commi 682 e 683 della legge n. 145 del 2018, attribuendo in linea di principio ai concessionari il diritto ad ottenere, in base a tali norme di legge, la proroga della concessione previa loro richiesta, ed in ciò sta l'illegittimità della determina, mentre non rilevano le ulteriori vicende esecutive che, a conclusione dell'istruttoria compiuta sulle singole istanze, possono portare ad una selezione delle proroghe concedibili ovvero ad esempio all'esclusione delle concessioni incluse negli "Ambiti di servizio".

2.3. *Sull'interesse transfrontaliero certo*.

Sotto tale profilo, deve essere innanzitutto rilevato che, come chiarito dalla sentenza Promoimpresa della CGUE, gli articoli da 9 a 13 della direttiva sui servizi comportano "un'armonizzazione esaustiva" per quanto riguarda i servizi che rientrano nel loro campo di applicazione; pertanto, nei casi (come per le concessioni oggetto dell'odierno giudizio) in cui tutti i presupposti dell'articolo 12 D.S. siano soddisfatti, non vi è luogo di applicare direttamente le regole del trattato sulla libertà di stabilimento. Perciò, solo nei limitati casi ipotetici in cui si possa ritenere che l'articolo 12 della D.S. non sia applicabile in quanto viene meno il requisito della scarsità delle risorse, è necessario prendere in considerazione l'articolo 49 TFUE, sul divieto di restrizione della libertà di stabilimento, che ha ad oggetto attività che presentano un interesse transfrontaliero certo.

In ogni caso, con il provvedimento di proroga del Comune di Piombino verrebbe sicuramente pregiudicato un interesse transfrontaliero, avendo il provvedimento ad oggetto spiagge che, per ubicazione e conformazione e attrazione turistica, ben

possono divenire oggetto di interesse da parte d'imprese con sede in un altro Stato membro; mentre non vi sono elementi di specificità tali da concentrare l'interesse a conseguire tali concessioni solo in capo alle imprese stabilite in un delimitato ambito territoriale.

Peraltro, nel caso in esame deve considerarsi come il rinnovo generalizzato abbia riguardato plurime concessioni, la cui valutazione complessiva non può che condurre al riconoscimento dell'interesse transfrontaliero (legato non a parametri meramente reddituali o alle soglie di rilevanza applicabili negli appalti) ma ad un'altra serie di parametri elaborati dalla Corte di Giustizia, quali: il luogo di esecuzione del servizio, l'importanza economica o l'aspetto tecnico del servizio (cfr. Serrantoni *vs* Comune di Milano C- 376/08); e ciò sempre qualora la sussistenza di tale interesse transfrontaliero dovesse essere ritenuta indispensabile ai fini dell'applicazione del diritto europeo primario.

2.4. *Sulla ricorrenza di motivi imperativi di interesse generale*.

Con riferimento, invece, all'argomento secondo cui a fondamento del provvedimento attuativo della proroga, così come della norma statale, si collocherebbero comunque motivi imperativi di interesse generale, nonché la necessità di tutelare il legittimo affidamento degli attuali concessionari, si ritiene che né la continuità imprenditoriale degli operatori, né la stabilità occupazionale dei dipendenti (anche in costanza della situazione emergenziale dovuta al diffondersi del virus Covid-19), possano legittimamente concretizzare quei motivi imperativi di interesse generale richiamati dalla "Direttiva Servizi" all'art. 12, par. 3; in quanto, come chiaramente affermato dalla Corte di Giustizia UE, «*l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2006/123 prevede espressamente che gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni legate a motivi imperativi d'interesse generale. Tuttavia, è previsto che si tenga conto di tali considerazioni solo al momento di stabilire le regole della procedura di selezione dei candidati potenziali e fatto salvo, in*

particolare, l'articolo 12, paragrafo 1, di tale direttiva» (Corte di Giustizia, sentenza del 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C67/15, punti 53 e 54).

In ogni caso, il Comune di Piombino, con la determina impugnata non ha in alcun modo ponderato e valutato specifici interessi e situazioni contingenti riguardanti le singole concessioni in scadenza, eventualmente prevedendo puntuali accorgimenti, volti a mitigare i possibili effetti economici pregiudizievoli derivanti dal particolare momento storico attuale, ma si è limitato a prorogare in termini generalizzati e indiscriminati fino al 2033 tutte le concessioni già rilasciate; così come è mancata qualsiasi verifica degli investimenti effettuati e dell'eventuale ammortamento residuo. E ciò anche a voler ammettere la rilevanza di quest'ultimi elementi come sostenuto dalle imprese controinteressate, il che è invece comunque da escludere, trattandosi d' investimenti effettuati dai concessionari nella consapevolezza della prossima scadenza dei titoli.

Con specifico riferimento alla necessità di tutelare il legittimo affidamento degli attuali concessionari, la Corte di Giustizia ha infatti stabilito che «*una giustificazione fondata sul principio della tutela del legittimo affidamento richiede una valutazione caso per caso che consenta di dimostrare che il titolare dell'autorizzazione poteva legittimamente aspettarsi il rinnovo della propria autorizzazione e ha effettuato i relativi investimenti. Una siffatta giustificazione non può pertanto essere invocata validamente a sostegno di una proroga automatica istituita dal legislatore nazionale e applicata indiscriminatamente a tutte le autorizzazioni in questione*» (Corte di Giustizia, sentenza del 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, punto 56).

Anche il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 7874/2019 cit., ha escluso la rilevanza del legittimo affidamento ai fini di legittimare la proroga di cui trattasi. È stato, infatti, affermato, rispetto a concessioni antecedenti alla Direttiva, che *"... pare evidente che le successive proroghe non possano essere assistite dal principio (sopra espresso) della "buona fede" del concessionario, essendosi consumata la*

possibilità di aderire alla posizione "mitigativa" già a far data dal secondo rinnovo". In altre parole, i concessionari dovrebbero ormai aver acquisito, da oltre un decennio, la piena consapevolezza che il diritto eurounitario osta alla proroga automatica e che, pertanto, al 31 dicembre 2020, le concessioni di cui sono titolari avrebbero perso definitivamente di efficacia, con obbligo per le amministrazioni di procedere al rilascio di nuovi titoli previo espletamento di procedure ad evidenza pubblica. La circostanza che in attesa di un riordino della normativa si sia dato corso a plurime proroghe, peraltro contrastanti con il diritto eurounitario, non vale perciò a fondare un legittimo affidamento circa ulteriori proroghe.

Quanto infine all'attuale emergenza sanitaria da COVID-19, la cui considerazione è alla base dell'art. 182, comma 2, del d.l. n. 34/2020 convertito con modificazioni dalla legge 17 luglio 2020, n. 77, secondo cui "*...in conformità a quanto stabilito dall'articolo 1, commi 682 e 683 della legge 30 dicembre 2018, n. 145, per le aree e le relative pertinenze oggetto di riacquisizione già disposta o comunque avviata o da avviare, oppure di procedimenti di nuova assegnazione, gli operatori proseguono l'attività nel rispetto degli obblighi inerenti al rapporto concessorio già in atto...e gli enti concedenti procedono alla ricognizione delle relative attività, ferma restando l'efficacia dei titoli già rilasciati...*", si tratta di una situazione contingente che può giustificare l'adozione di misure interlocutorie legate all'attuale contesto emergenziale, ma che non può legittimare la proroga automatica e generalizzata delle concessioni fino al 2033.

Si condividono poi pienamente le osservazioni formulate al riguardo dal T.A.R. Abruzzo, Pescara, con la sentenza 40/2021, secondo cui: "*quanto alla disciplina di cui all'articolo 1 comma 1 legge 77 del 2020 ... appare sufficiente osservare che, in ogni caso, ove tale disciplina sia diretta, come appare, a conseguire comunque una proroga di fatto delle concessioni scadute - richiamando infatti anche espressamente l'articolo 1, commi 682 e seguenti, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 -, non potrebbe comunque seguire sorte diversa da tale ultima disciplina, e*

dunque, deve essere anch'essa disapplicata, anche d'ufficio dal Giudice (...), chiamato a stabilire la normativa applicabile al caso di specie (e corre d'obbligo evidenziare che anche in tal caso è citata l'emergenza epidemiologica come ragione della deroga, quando, a prescindere dalla circostanza se l'incidenza sul settore vi sia stata o meno, come sottolineato, il paragrafo 3 dell'articolo 12 della direttiva in questione consente una deroga per ragioni di sanità o altre di interesse pubblico solo in sede di redazione della lex specialis delle procedure concorsuali che comunque devono essere in ogni caso espletate, cfr. Consiglio di Stato sentenza 873 del 2018); difatti, "proprio in ragione dei principi raccolti nella sentenza della Corte di giustizia UE del 2016 sopra citata, anche i successivi interventi normativi nazionali ... debbono ritenersi non impeditivi ... alla doverosa disapplicazione della disposizioni legislative nazionali che prevedono la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime" (Consiglio di Stato sentenza 7874 del 2019). ... è poi appena il caso di osservare che quella da ultimo disposta è solo una delle proroghe che il Legislatore italiano ha disposto in deroga ai richiamati principi eurounitari, e ciò la priva anche in radice del carattere di eccezionalità nonché di un legame effettivo con la particolare situazione sanitaria in atto.".

2.5. *Sull'asserita violazione dei diritti fondamentali incomprimibili previsti dalla nostra Costituzione*.

Anche tale argomento, su cui insistono i controinteressati e il Sindacato Italiano Balneari, quest'ultimo anche prospettando questioni interpretative pregiudiziali da rimettere alla CGUE, non può essere meritevole di positiva considerazione, non solo per i dubbi sulla natura assolutamente incomprimibile del diritto di proprietà il cui statuto è viceversa naturalmente connotato da una funzione sociale tra cui rientra anche il non costituire ostacolo monopolistico alla concorrenza (art. articolo 41 e 42 Cost.) - ma soprattutto perché - benché le opere stabili autorizzate sopra le aree demaniali possano essere assimilate alla proprietà superficiaria (T.A.R. Toscana, III, n. 328 del 2015) - tale diritto appare geneticamente e

funzionalmente collegato alla durata del titolo e alle sue vicende, non potendo dunque ricevere tutela autonoma e indipendente in grado di incidere sulla durata del rapporto stesso (in tal senso, T.A.R. Abruzzo, Pescara, n. 40/2021).

Non sussistono quindi i presupposti per sottoporre la questione relativa all'interpretazione dell'art. 1, comma 682 della legge n. 145 del 2018 all'esame della Corte di Giustizia dell'Unione europea ai sensi art. 267 TFUE, giacché, come visto, nel caso di specie deve escludersi la sussistenza di dubbi interpretativi riconducibili alle norme invocate.

3. In conclusione, per le sopra esposte ragioni, il ricorso dell'Autorità Garante deve essere accolto, essendo illegittima la proroga delle concessioni, disposta dall'Amministrazione resistente in applicazione dell'art. 1, commi 682 e ss. della legge n. 145 del 2018, e la conseguente decisione di non dar corso alla procedura comparativa.

Per l'effetto, il provvedimento impugnato indicato in epigrafe deve essere annullato affinché l'amministrazione resistente provveda secondo i principi sopra chiariti.

4. Stante la peculiarità e la novità delle questioni trattate nel presente giudizio, il Collegio ritiene sussistenti i presupposti per la compensazione delle spese di lite tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

(*Omissis)*

T.A.R. PUGLIA, LECCE
SEZ. I, 29/6/2021, N. 981

(*Omissis*)

Con il ricorso in esame l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito sinteticamente denominata AGCM) ha impugnato la delibera G.M. del Comune di Manduria n. 27 del 19.11.2020, avente ad oggetto, tra l'altro, "atto di indirizzo per l'applicazione dell'estensione ex lege della durata delle concessioni demaniali marittime vigenti", nonché delle annotazioni apposte in calce ai titoli concessori, comunque denominate, indicative della proroga del titolo concessorio fino al 31.12.2033 e relative a tutti i concessionari indicati nella nota del Comune di Manduria prot. 15890 del 26 marzo 2021.

Con la predetta delibera G.M. n. 27/2020 il Comune di Manduria, da un lato ha preso atto del dettato normativo di cui all'art. 1 commi 682, 683 e 684 della Legge nazionale n. 145/2018 e dell'art. 82 del D.L. 34/2020, convertito con modificazioni con L. 77/2020, dall'altro ha adottato indicazioni al competente Responsabile del servizio per la predisposizione e la attuazione delle disposizioni della L. 145/2018 e della L. 77/2020 sopra indicate.

AGCM, ritenendo che la predetta delibera G.M. integrasse violazione degli artt. 49 e 56 del TFUE e, in generale con la normativa unionale rinveniente dalla direttiva Bolkestein, ha notificato parere motivato ex art. 21 bis della L. 287/1990, evidenziando l'esigenza di previo espletamento di procedure ad evidenza pubblica al fine di assicurare il rispetto dei principi di concorrenza e di libertà di stabilimento anche in ambito transfrontaliero, significando in particolare che la normativa nazionale di proroga delle concessioni di cui trattasi risulterebbe in contrasto con la direttiva 2006/123/CE, con conseguente obbligo di disapplicazione da parte di tutti gli organi dello Stato, sia giurisdizionali che amministrativi.

In data 4.3.2021 il Comune di Manduria ha formulato le proprie controdeduzioni al parere di AGCM evidenziando la piena legittimità del proprio operato e in particolare che:

La risorsa demaniale in questione non sarebbe scarsa risultando comunque disponibili lunghi tratti di litorale (possibilità di rilascio di nuove concessioni demaniali per oltre 2.500 metri lineari fronte mare, essendo disponibile un litorale costiero di ben 16 Km);

La proroga interesserebbe solo alcune concessioni demaniali marittime (5 su 15 esistenti);

Ricorrerebbe nella specie la necessità di tutelare il legittimo affidamento dei concessionari interessati in ragione del fatto che la relativa concessione originaria risulterebbe antecedente alla direttiva servizi;

La direttiva servizi non avrebbe natura auto-esecutiva con conseguente impossibilità di disapplicazione della normativa nazionale con essa confliggente, richiamando espressamente in proposito la giurisprudenza di questo T.A.R. e in particolare – ex multis – non solo la sentenza n. 1321/2020, che rappresenta il primo precedente in tal senso, ma anche e soprattutto, tra le altre, la sentenza T.A.R. Lecce n. 72 del 15.2.2021 che rappresenta l'evoluzione l'ulteriore esplicitazione dell'orientamento giurisprudenziale di questo Tribunale. Il Comune ha altresì rappresentato a AGCM che l'orientamento giurisprudenizale espresso da questo Tribunale nella sua prima versione aveva comunque superato il vaglio cautelare del Giudice di secondo grado, atteso che il Consiglio di Stato - Sezione Quinta, con le ordinanze 643/21, 644/21 e 645/21 del 12.2.2021 ha respinto le istanze di sospensione dell'efficacia delle sentenze di primo grado proposte dal Comune di Castrignano del Capo , con condanna del comune al pagamento delle spese di lite.

Stante il mancato adeguamento del Comune di Manduria all'invito di AGCM, quest'ultima ha proposto il ricorso in esame, chiedendo l'annullamento della

predetta delibera e di tutte le indicazioni o attestazioni di proroga apposte in calce ai titoli concessori degli odierni controinteressati.

Dopo aver premesso alcune considerazioni in ordine alla propria legittimazione a ricorrere, a supporto della domanda di annullamento ha dedotto il seguente articolato motivo di censura:

Violazione e falsa applicazione dell'art. 12 della Direttiva Bolkestein; violazione di principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi nel mercato interno; eccesso di potere e difetto di istruttoria.

Si è costituito in giudizio il Comune di Manduria eccependo l'inammissibilità e chiedendo comunque il rigetto del ricorso.

Si sono altresì costituiti in giudizio i controinteressati: Caraccio Giancarlo; Lacavalla Angela, Bonadea srl, Sirio srl, Lo Scivolo di Guiderdone Pamela Monica sas, CA.DE.ME – Campo dei Messapi srl, Kevin Cosimo Modeo, Lega Navale Italiana, tutti contestando le avverse deduzioni, eccependo l'inammissibilità e infondatezza del gravame.

La Federazione Imprese Demaniali proponeva istanza di accesso al fascicolo telematico, istanza che veniva accolta con ordinanza di questo Tribunale n. 713/2021.

Sono intervenuti in giudizio ad opponendum la Federazione Imprese Demaniali e il SIB – Sindacato Italiano Balneari, i quali contrastavano le deduzioni della ricorrente con articolate motivazioni, chiedendo dichiararsi l'inammissibilità del ricorso di AGCM e pervenirsi comunque alla sua reiezione perché infondato. All'udienza del 9 giugno 2021, in esito all'orale discussione il ricorso è stato introitato per la decisione.

DIRITTO

I. ECCEZIONI PRELIMINARI IN RITO

a) E' stata anzitutto eccepita l'inammissibilità del ricorso per violazione dlel'art. 21 bis co. 2 della L. 287/90 in combinato disposto con gli artt. 1 e 5 del Regio Decreto

1611/1933 in relazione alla circostanza che l'AGCM, rientrando tra le amministrazioni la cui rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio compete all'Avvocatura dello Stato, avrebbe dovuto proporre il ricorso in esame avvalendosi del patrocinio legale dell'Avvocatura dello Stato e non già da un legale del libero foro, atteso che ai sensi dell'art. 5 del R.D. citato nessuna amministrazione dello Stato, ancorché ad ordinamento autonomo può avvalersi di avvocati del libero foro se non per ragioni assolutamente eccezionali e previo parere dell'Avvocato Generale dello Stato, prevedendosi comunque che in tal caso il mandato debba essere conferito con decreto del Capo di Governo di concerto con il Ministro di riferimento e con il Ministro delle Finanze, evidenziando in evidenziando in definitiva il difetto dello jus postulandi per difetto dei presupposti formali e sostanziali.

AGCM assume in contrario l'inapplicabilità dell'art. 5 co. 2 del Regio Decreto atteso che AGCM è ua autorità amministrativa indipendente che – ex art. 10 della L. 287/90 – opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione; la normativa di cui alla L. 287/90 comproverebbe l'inapplicabilità della normativa richiamata da controparte.

Con riferimento all'ulteriore profilo, AGCM evidenzia che l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Firenze, opportunamente interpellata aveva rilevato la sussistenza di "un potenziale conflitto di interessi con le Amministrazioni istituzionalmente patrocinate, ben potendo l'Avvocatura dello Stato essere chiamata a difendere avanti alle giurisdizioni sovranazionali quella medesima normativa che avanti ai Giudici amministrativi dovrebbe sostenersi non conforme alle previsioni comunitarie", manifestando conseguentemente l'impossibilità di assistenza e di patrocinio legale.

Tale parere risulta altresì confermato dall'Avvocatura Generale dello Stato con nota prot. 97342 del 12.2.2021.

Ritiene il Collegio di condividere sul punto la tesi di AGCM, sia con riferimento alla

inapplicabilità dell'art. 5 co. 2 per la sopravvenuta normativa di cui alla L. 287/90, nonché per la natura di Autorità indipendente e non sussumibile nell'ambito di controllo ministeriale, sia con riferimento alla ritenuta sufficienza del parere espresso dall'Avvocatura Erariale in ordine alla sussistenza di un (quantomeno) potenziale conflitto di interessi.

Deve in proposito rilevarsi che ricorrono presupposti per la qualificazione della Legge 145/18 come legge provvedimento, dovendosi conseguentemente fare riferimento al peculiare e derogatorio percorso di tutela previsto dall'ordinamento, così come conformato dall'orientamento giurisprudenziale delineato dalla Corte Costituzionale e dal Consiglio di Stato, nei termini di seguito meglio precisati. Appare in proposito evidente che, competerebbe all'Avvocatura dello Stato la difesa e l'assistenza in giudizio del Presidente del Consiglio dei Ministri e dello Stato Italiano non solo nell'ambito di giudizi innanzi alle giurisdizioni sovranazionali, ma altresì anche innanzi alla Corte Costituzionale chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della predetta legge 145/18 ed anche con riferimento ai profili di compatibilità della stessa con la normativa euro-unionale in termini paralleli rispetto al pronunciamento della Corte di Giustizia, secondo l'attuale stato evolutivo del c.d. dialogo tra le Corti".

L'eccezione di inammissibilità in esame deve essere pertanto respinta e disattesa con riferimento ad entrambi i profili, dovendosi conseguentemente ritenere sussistente la legittimazione di AGCM e lo jus postulandi ovvero ritenersi legittimo il ricorso a legale del libero foro.

b) È stata altresì eccepita l'inammissibilità del ricorso per omessa notifica dello stesso alla Regione Puglia, nonché per omessa impugnazione delle Circolari 4184/2019 e 2184/2019 nonché degli ulteriori atti di indirizzo espressi dall'Ufficio Demanio della Regione Puglia nell'ambito della funzione di indirizzo e di coordinamento di competenza regionale.

Ritiene il Collegio che anche tale eccezione non possa condividersi sia perché

anzitutto trattasi di tutela nei confronti di legge provvedimento, secondo quanto di seguito meglio precisato, sia perché – quand'anche volesse aversi riguardo ai profili della ordinaria tutela giurisdizionale secondo il sistema impugnatorio caducatorio proprio del giudizio di legittimità innanzi al giudice amministrativo – non potrebbe comunque prescindersi dal considerare la natura di atto presupposto ed endoprocedimentale, nonché – sotto certi profili la natura non vincolante delle stesse al di fuori di un rapporto di gerarchia e di sovra-ordinazione verticale, ove si consideri peraltro che la sub delega ai Comuni in materia di gestione ordinaria delle concessioni demaniali risulta disposta dallo Stato a mezzo di decreto legislativo.

L'eccezione va dunque respinta.

c) Ritiene il Collegio di disattendere le ulteriori eccezioni di inammissibilità per difetto di legittimazione sul presupposto di una ritenuta illegittimità costituzionale dell'art. 21 bis della L. 287/90, nonché per difetto di interesse a ricorrere.

Si sostiene in definitiva il difetto di una norma che attribuisca ad AGCM il potere di inibire l'applicazione di atti legislativi a mezzo di una domanda di disapplicazione della legge rivolta al giudice amministrativo, in quanto ad AGCM risulta riconosciuto dall'art 21 unicamente il potere di segnalare al Parlamento e al Governo le "*situazioni distorsive derivanti da provvedimenti legislativi*" e, dall'art. 21 bis, il potere di "*agire in giudizio contro gli atti ammnistrativi generali, i regolamenti e i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato*".

d) E' stata infine eccepita l'inammissibilità del ricorso per la natura non provvedimentale e non lesiva degli atti impugnati, atteso che la presunta lesione deriverebbe direttamente dalla legge nazionale, rispetto alla quale gli atti impugnati non costituirebbero null'altro che atti meramente ricognitivi e di presa d'atto della proroga automatica ex lege.

Tale eccezione di inammissibilità, che in qualche modo si riconnette anche alla

precedente di cui sub c), impinge direttamente nella questione relativa alla tutela offerta dall'ordinamento nei confronti delle c.d leggi provvedimento.

L'eccezione infatti risulterebbe fondata e condivisibile secondo gli ordinari parametri di valutazione anche dell'interesse a ricorrere nell'ambito dell'ordinario giudizio di annullamento del provvedimento lesivo in sede di giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo, atteso che gli atti impugnati, ovvero sia la delibera G.M. di indirizzo, sia la stampigliatura indicante la proroga ex lege apposta in calce ai titoli concessori a suo tempo rilasciati in favore dei controinteressati, non hanno contenuto negoziale e non sono provvedimenti in senso proprio. Contenuto negoziale e natura provvedimentale possono infatti essere riconosciuti laddove l'amministrazione abbia espresso la volontà di determinare taluni effetti giuridici rilevanti e lesivi della sfera giuridica dei destinatari, laddove – nel caso in esame – l'amministrazione comunale non ha espresso alcuna autonoma volontà, limitandosi al mero doveroso riconoscimento e alla presa d'atto di una volontà e di effetti proposti direttamente dal legislatore nella norma di legge.

Occorre premettere anzitutto che il ricorso in esame presenta caratteristiche peculiari soprattutto con riferimento ai profili processuali.

Ritiene il Collegio di richiamare espressamente proprio specifico precedente (TAR Lecce – Sezione Prima n. 881/2021): "*Ed invero, in genere la domanda impugnatoria rivolta al giudice amministrativa a tutela di una determinata posizione, pretensiva o conservativa che sia, consiste nella domanda di annullamento di un provvedimento in quanto non conforme ad una norma di legge, laddove- nel caso in esame – la domanda di annullamento in sede giurisdizionale risulta diretta nei confronti di un atto del quale si assume l'illegittimità proprio in quanto conforme ad una norma di legge dello Stato.*

Occorre in proposito considerare la significativa differenza anzitutto con riferimento alla natura dell'atto impugnato.

Mentre infatti l'atto con cui un Dirigente comunale esprima un diniego in ordine

alla proroga ex lege ha evidente natura provvedimentale, in quanto espressione di volontà negoziale volta a impedire l'effetto proroga previsto dalla norma di legge, incidendo in tal modo sull'assetto degli interessi, l'atto con cui l'amministrazione comunale abbia recepito la proroga disposta direttamente dalla legge in via automatica non ha natura di provvedimento, in quanto privo di contenuto volontaristico o negoziale, trattandosi di mero atto ricognitivo o di presa d'atto della proroga disposta in via automatica direttamente dalla legge.
In quanto tale, l'atto impugnato nel ricorso in esame non risulta di per sé lesivo, in quanto la lesione si riconnette appunto direttamente alla norma di legge di cui all'art. 1 commi 682 e 683 della legge citata.
Secondo i principi generali l'impugnazione dovrebbe pertanto ritenersi già per questo inammissibile, ma occorre in questo caso considerare le chiare indicazioni che rinvengono in materia dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale e dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato.
Tale questione presuppone a sua volta la previa definizione della natura di legge provvedimento o meno con riferimento all'art. 1 commi 682 e 683 della legge citata. Secondo la costante giurisprudenza della Corte Costituzionale, deve escludersi l'impugnabilità diretta della legge provvedimento dinanzi al Giudice amministrativo, atteso che i mezzi di tutela predisposti dall'ordinamento sono ancorati al criterio formale e, quindi, risultando riservata solo al giudice della leggi la possibilità di determinare la caducazione della norma di legge; correlativamente, il giudizio di costituzionalità deve conservare il proprio carattere incidentale e quindi muovere pur sempre dall'impugnazione di un atto amministrativo.
Sulla base delle chiare indicazioni della Corte, la giurisprudenza amministrativa è pervenuta da tempo ad una differente e peculiare qualificazione con riferimento all'ammissibilità dell'impugnazione, al fine di realizzare un sistema coerente con i principi costituzionali a garanzia del diritto alla tutela giurisdizionale, affermando chiaramente che – nell' ipotesi di legge provvedimento - l'unica possibilità di tutela

per i cittadini è quella consiste nella possibilità impugnare gli atti applicativi delle stesse, anche se di contenuto vincolato e privi di autonoma lesività, deducendo tuttavia - a motivo di impugnazione - l'incostituzionalità della norma presupposta (ex multis: C.d.S Sezione Sesta 8.10.2008 n. 4933; C.d.S Sezione Quarta 22.3.2021 n. 2409).

Qualora pertanto la norma citata dovesse qualificarsi come legge provvedimento, come peraltro il Collegio ritiene, dovrebbe necessariamente – in deroga ai principi generali - ritenersi ammissibile l'impugnazione di qualunque atto, ancorché non lesivo ed anche se di mera comunicazione, in quanto unico mezzo di tutela offerto al cittadino, cui è ovviamente preclusa la possibilità di diretta impugnazione della legge provvedimento.

Logico corollario di quanto sopra é costituito dal fatto che il ricorso in tal caso, qualora ritenuto fondato, non può essere definito attraverso l'accoglimento della domanda, risultando necessaria e imprescindibile la rimessione degli atti alla Corte Costituzionale.

Ed invero, individuata la norma di legge come fonte diretta ed immediata della dedotta lesione della sfera giuridica del ricorrente, l'accoglimento del ricorso avverso un mero atto, di per sé sfornito del tutto di qualsivoglia profilo di lesività, non risulterebbe in linea con le chiare indicazioni che emergono dal peculiare sistema di tutela delineato dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale e del Consiglio di Stato.

Per le ragioni sopra evidenziate il Collegio non condivide il diverso orientamento espresso dal TAR Toscana – Sezione Seconda con la sentenza 363/2021" (T.A.R. Lecce – Sezione Prima sent. n. 881/2021).

e) Nel corso della odierna udienza il Presidente ha dato formale avviso alle parti di un ulteriore profilo di inammissibilità, non eccepito, al fine di garantire rituale contraddittorio e, segnatamente: "*Qualificata la normativa di cui all'art. 1 commi 682, 683 L. 145/18 come legge provvedimento e ritenuta pertanto l'ammissibilità*

dell'impugnazione dell'atto meramente ricognitivo della proroga ex lege, il Presidente dà avviso dell'eventuale profilo di inammissibilità del ricorso connesso all'omessa deduzione del motivo afferente l'illegittimità costituzionale della norma sopra citata, secondo il percorso di tutela delineato dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale e del Consiglio di Stato in tema di tutela nei confronti di leggi-provvedimento".

Tale eccezione di inammissibilità, sulla quale non state espresse controdeduzioni significative da parte della ricorrente, risulta invece fondata.

Ed invero rileva il Collegio che nel caso di specie il ricorso, "*pur se astrattamente ammissibile sotto il profilo sopra evidenziato, in quanto coerente con il sistema di tutela delineato dall'ordinamento e dalla giurisprudenza in tema di leggi-provvedimento, risulta comunque inammissibile, perchè l'impugnazione non è supportata dalla deduzione del motivo dell'incostituzionalità della normativa presupposta, onere di deduzione cui non è possibile derogare, vertendosi pur sempre nell'ambito di un giudizio impugnatorio caducatorio.*

Il ricorso in esame risulta dunque inammissibile non già in ragione della impugnazione di un atto non lesivo, attesa la natura di legge provvedimento della normativa presupposta, bensì per l'omessa deduzione dell'unico e imprescindibile motivo di censura, rappresentato dalla sospetta incostituzionalità della normativa di riferimento, fonte diretta e immediata della lamentata lesione della sfera giuridica del ricorrente e sindacabile non già dal giudice amministrativo, bensì esclusivamente dal Giudice delle leggi; l'omessa deduzione del motivo di censura in questione infatti escluderebbe in radice la stessa rilevanza della questione di costituzionalità ai fini della decisione." (T.A.R. Lecce sent. n. 881/2021).

f) Risulta da ultimo infondata l'eccezione di inammissibilità dell'atto di intervento ad opponendum spiegato dalla Federazione Imprese Demaniali, proposta da AGCM in relazione alla asserita omessa notifica dell'atto di intervento medesimo, atteso che i difensori della FID hanno comprovato di avere ritualmente notificato

l'atto di intervento.

Deve quindi ritenersi pienamente ammissibile l'atto di intervento ad opponendum spiegato dalla Federazione Imprese Demaniali, così come il - non contestato - intervento *ad opponendum* proposto dal Sindacato Italiano Balneari.

II. CONSIDERAZIONI GENERALI E VALUTAZIONI NEL MERITO

In disparte il già evidenziato profilo di inammissibilità, il ricorso risulta comunque manifestamente infondato nel merito.

Rileva anzitutto il Collegio che il ricorso in esame, nella articolazione dell'unico complesso motivo di censura dedotto, si risolve nella elencazione di precedenti giurisprudenziali, invero tutti ben noti al Collegio, tra i quali in particolare T.A.R. Toscana - Sent. n. 363/2021 e T.A.R. Pescara - Sent. n. 40/2021, nonché Corte di Giustizia (in particolare la sentenza c.d. Promoimpresa) e Consiglio di Stato (in particolare CdS- Sezione Sesta n. 7874/2019), i cui stralci motivazionali esauriscono il contenuto dell'articolato motivo di censura dedotto.

Appare quantomeno singolare che nell'ambito di siffatta accurata ricerca giurisprudenziale e all'atto di depositare il ricorso innanzi a questo T.A.R. di Lecce, la ricorrente AGCM non abbia ritenuto di far menzione dell'orientamento giurisprudenziale espresso dal T.A.R. Puglia – Lecce, né di argomentare in ordine ai contenuti della relativa motivazione, ancorché tale orientamento fosse stato espressamente citato e rappresentato nella nota del Comune di Manduria recante controdeduzioni rispetto al parere diffida di AGCM.

A sostegno della domanda, AGCM invoca soprattutto lo specifico precedente rappresentato dalla sentenza del T.A.R. Toscana – Sez. Seconda n. 363/2021, che il Collegio non condivide sia con riferimento ai profili di rito che con riferimento al merito.

Quanto al rito, come sopra già evidenziato, non è condivisibile la decisione di accoglimento del ricorso proposto da AGCM avverso la delibera G.M. del Comune di Piombino e la determina dirigenziale 408/2020, atteso che, trattandosi di legge

provvedimento, l'eventuale favorevole valutazione dei motivi di censura proposti dalla ricorrente non avrebbe giammai dovuto condurre all'accoglimento del ricorso e all'annullamento di atti privi di contenuto provvedimentale e meramente ricognitivi della proroga disposta in via automatica dal legislatore, che in quanto tali risultano privi di autonoma lesività, riconnettendosi invece la presunta lesione dell'interesse pubblico fatto valere dal AGCM direttamente alla norma di legge nazionale.

Sotto tale profilo la logica conclusione avrebbe dovuto condurre alla sospensione del giudizio ed alla trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale, organo di rilevanza costituzionale deputato in via esclusiva alla caducazione della norma di legge.

Sempre con riferimento al primo profilo deve richiamarsi quanto già sopra evidenziato in tema di inammissibilità del ricorso; ed invero, nell'ambito del percorso di tutela nei confronti delle leggi provvedimento, così come delineato in via derogatoria dalla citata giurisprudenza del Consiglio di Stato, non può prescindersi dalla specifica deduzione del motivo di censura relativo alla incostituzionalità della legge 145/2018, atteso che – trattandosi sempre e comunque di giudizio impugnatorio caducatorio in sede di giurisdizione di legittimità, l'omessa deduzione del motivo comporta la non rilevanza ai fini del decidere della eccezione di incostituzionalità.

Il citato precedente del T.A.R. Toscana non è peraltro condiviso dal Collegio anche con riferimento al merito, per le ragioni già espresse nei precedenti di questo Tribunale e di seguito rappresentate.

Per le medesime ragioni il Collegio non condivide l'orientamento espresso dai precedenti citati da AGCM, tra cui T.A.R Pescara- Sentenza. 3 febbraio 2021 n. 40, peraltro sospesa dal Consiglio di Stato Sezione Quinta con ordinanza 9 giugno 2021 n. 2991.

Come evidenziato nei numerosi precedenti di questo Tribunale, la statuizione della

Corte di Giustizia, secondo cui la primazia del diritto unionale deve essere assicurata dalla Stato membro in tutte le sue articolazioni, ovvero sia giurisdizionali che amministrative, non può che logicamente essere intesa come riferita all'ipotesi in cui entrambe le norme – quella nazionale e quella unionale – risultino immediatamente applicabili ed efficaci (cfr Sentenza CGUE c.d. Promoimpresa del 14.7.2016 e CdS 394/2017 e 784/2019).

Ciò premesso, rileva il Collegio che il ricorso di AGCM sconta un vizio logico di fondo, tale da inficiare l'intero impianto della domanda proposta

La ricorrente Anti-trust invero "*muove da una erronea quanto inammissibile equazione tra l'inadempimento dello Stato Italiano in ordine agli obblighi derivanti all'adesione al Trattato U.E. e l'immediata applicabilità della direttiva servizi nel nostro ordinamento.*

I due profili sono viceversa del tutto paralleli ed interdipendenti tra loro, atteso che la mancata attuazione nello Stato Italiano dell'art. 12 della direttiva Bolkestein, attraverso l'approvazione di una normativa di attuazione idonea, trova nell'ordinamento unionale adeguata ed autonoma sanzione anzitutto nella procedura di infrazione.

Del resto la natura self executing della direttiva risulta chiaramente esclusa alla stregua dello stesso tenore letterale dell'art. 12, che prevede rilevanti spazi di discrezionalità riservati allo Stato nazionale in sede di attuazione, di per sé incompatibili con l'auto-esecutività, alla stregua della stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Senza peraltro e conclusivamente considerare che la natura self executing di una direttiva risulta di per sé incompatibile con lo stesso avvio della procedura di infrazione.

Ed invero, al pari di quanto previsto per le ipotesi di silenzio assenso, l'autoesecutività comporta di per sé l'inutilità di una normazione attuativa, costituendo la direttiva self executing essa stessa la norma di riferimento diretto

nell'ambito dell'ordinamento interno allo stato, risultando pertanto del tutto ultroneo l'avvio della procedura di infrazione.

Così come, ad esempio, accaduto nella vicenda relativa alla nomina dei direttori di musei, laddove la norma unionale rinveniente nell'art. 45 del Trattato U.E. ha trovato diretta applicazione, con conseguente disapplicazione della diversa normativa nazionale, che prescriveva, tra i requisiti di partecipazione, il possesso della cittadinanza italiana, non risultando previsto in tal caso – e a differenza delle espresse prescrizioni di cui all'art. 12 della direttiva Servizi - alcun ambito di discrezionalità riservato allo stato nazionale.

Come già evidenziato più volte nella giurisprudenza di questo Tribunale, la condivisa affermazione della Corte di Giustizia secondo cui il primato del diritto unionale deve essere garantito dallo stato in tutte le sue articolazioni, giurisdizionale e amministrativa (cfr CGUE Sent. c.d. Promoimpresa; CdS Sent. 7874/2019 e Sent. 394/2017)*, non può che intendersi riferibile all'ipotesi in cui le norme in conflitto, quella nazionale e quella unionale, risultino entrambe immediatamente applicabili, ipotesi che non ricorre nella fattispecie in esame*" (T.A.R. Lecce – Sezione Prima sent. n. 881/2021).

Della natura ordinaria, e non già self executing della direttiva servizi, risulta peraltro in qualche modo consapevole la stessa ricorrente, atteso che nella memoria di replica del 28 maggio 2021 assume che la direttiva risulterebbe "*espressiva di nome immediatamente precettive – in particolare, sotto il profilo della precisa e puntuale norma di divieto*" (pag. 13), assumendo che così delimitata e circoscritta la norma unionale al mero divieto la stessa non richiederebbe "*alcuna disciplina attuativa di sorta da parte degli stati membri*".

Appare evidente, viceversa che la direttiva servizi non risulti immediatamente applicabile proprio con riferimento alla disciplina positiva, atteso che la stessa richiede allo stato nazionale di completare le astratte previsioni della direttiva con norme di dettaglio e disposizioni attuative.

Così ad esempio, con riferimento a procedure di gara ad evidenza pubblica caratterizzate anzitutto da trasparenza, appare evidente l'esigenza di definire una normativa di attuazione uniforme per l'intero territorio nazionale, in ordine al tipo d gara, al criterio di selezione, alle forme di pubblicità, ai requisiti soggettivi di partecipazione, alla durata della concessione ecc.

Anche con riferimento alla scarsità delle risorse disponibili e soprattutto all'interesse transfrontaliero, appare evidente che la direttiva abbia inteso demandare tali presupposte valutazioni all'amministrazione competente ed appare altrettanto evidente come una trasparente valutazione della sussistenza o meno dell'interesse transfrontaliero con riferimento a ciascuna concessione demaniale non possa essere rimessa alla valutazione o all'arbitrio del singolo dirigente comunale, ma presupponga la previa fissazione da parte dello Stato di criteri uniformi e predefiniti.

Così come risulta evidente l'assenza di interesse transfrontaliero (che deve invece essere certo) con riferimento a concessioni demaniali marittime, magari ubicate in zone costiere caratterizzate da bassa redditività, aventi ad oggetto stabilimenti balneari di modesta entità e condotti attraverso la forma dell'impresa familiare.

Non appare a maggior ragione in tal senso condivisibile che siffatti elementi – quali la scarsità delle risorse disponibili e soprattutto l'interesse transfrontaliero certo – riservati dalla direttiva alla discrezionalità dello stato nazionale, vengano invece ritenuti sussistenti direttamente dal giudice amministrativo in assenza di alcun parametro di riferimento e statuendo in merito ad un potere riservato all'amministrazione e non ancora esercitato (T.A.R. Toscana sent. 363/2021 8 marzo 2021).

Quanto al merito, in assenza di controdeduzioni della ricorrente in ordine al consolidato orientamento giurisprudenziale espresso da questo Tribunale, in particolare con riferimento al concetto di disapplicazione e, soprattutto, al principio di gerarchia delle fonti e alla connessa questione relativa più in generale

al rapporto tra legge nazionale/direttiva/direttiva self-executing, la quale trascende i confini della materia delle proroghe delle concessioni demaniali marittime, integrando profili di carattere generale, ritiene il Collegio di richiamare espressamente quanto già affermato nei precedenti arresti giurisprudenziali, riportando di seguito ampio stralcio della sentenza T.A.R. Puglia Lecce 15/1/2021 n.71/2021:

"*III. IL CONTESTO DI RIFERIMENTO.*

Appare innanzitutto opportuno un doveroso sintetico riferimento al contesto generale in cui si inserisce la presente controversia:

La normativa in tema di concessioni demaniali ha subito negli corso degli anni rilevanti modifiche, dovute soprattutto all'esigenza di coordinamento della legislazione nazionale con la normativa comunitaria o euro-unionale.

In particolare la direttiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, art. 12 paragrafi 1 e 2 relativa ai servizi del mercato interno ha dichiarato non compatibili i provvedimenti di proroga automatica delle "autorizzazioni" demaniali marittime destinate all'esercizio delle attività turistico-ricreative in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra gli aspiranti, integrando peraltro siffatta normativa violazione dell'art. 49 del T.F.U.E..

L'art. 12 della predetta direttiva servizi trova applicazione in tutte le ipotesi in cui l'attività economica preveda l'utilizzo di risorse naturali scarse o comunque quantitativamente circoscritte o limitate e così dispone: "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 trasparenza e preveda, in particolare, una adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento".

A seguito dell'avvio della procedura di infrazione n. 2008/4908, lo Stato Italiano, nelle more di una preannunciata riforma del settore delle concessioni demaniali

marittime con finalità turistico ricreative, con l'art. 1 c. 18 del DL 194/2009, convertito con modificazioni con Legge 26.2.2010 n. 25, abrogava l'art. 37 secondo comma del Codice della Navigazione (relativo al cd. diritto di insistenza del concessionario), disponendo una proroga delle concessioni in essere fino al 31 dicembre 2015.

La Commissione Europea, pur formulando ulteriori rilievi alla su citata normativa, prendeva atto e disponeva l'archiviazione della procedura di infrazione, ritenendo congruo il termine di proroga di sei anni per l'approvazione di una normativa di riordino del settore e di attuazione della direttiva Bolkestein.

La normativa nazionale suindicata è stata ritenuta non compatibile con l'ordinamento dell'Unione Europea sia dalla Corte di Giustizia (decisione 16 luglio 2016) sia dalla Corte Costituzionale (C.Cost. 180/2010, relativa alla declaratoria di incostituzionalità di Leggi regionali dispositive di proroga o rinnovo automatico).

Lo Stato italiano, al fine di evitare le conseguenze connesse all'apertura di procedura di infrazione, con l'art. 24 c. 3 –septies del D.L: 113/2016 convertito con legge 160/2016 ha previsto una sanatoria dei rapporti concessori in essere in via interinale e "nelle more della revisione e del riordino della materia in conformità ai principi di derivazione europea".

La nuova normativa volta a garantire compatibilità con l'ordinamento unionale non è tuttavia mai intervenuta e, approssimandosi la scadenza del 31 dicembre 2020, con l'art. 1 commi 682 e 683 della Legge 145/2018 ha disposto ulteriore proroga delle concessioni demaniali in vigore fino al 31 dicembre 2033.

Il regime di proroga ulteriore introdotto con la Legge Finanziaria 2019 ed avente durata di 13 anni a decorrere dal 31 dicembre 2020, in assenza della approvazione di alcuna normativa di riordino della materia, integrando evidente violazione delle prescrizioni contenute nella direttiva servizi e in disparte la certa prospettiva della riapertura di procedura di infrazione, ha determinato uno stato di assoluta incertezza per gli operatori e per le pubbliche amministrazioni.

Come già evidenziato in altre occasioni, nell'ambito del distretto giurisdizionale di riferimento di questo Tribunale, alcuni comuni hanno concesso la proroga fino al 31 dicembre 2033, altri hanno espresso diniego disapplicando la norma nazionale, altri ancora, dopo aver accordato la proroga, ne hanno disposto l'annullamento in autotutela, come nel caso in esame, altri infine sono rimasti inerti rispetto alle istanze dei concessionari (cfr. Relazione inaugurazione anno giudiziario 2020 TAR Sez. Lecce).

IV. DIRITTO UNIONALE E DIRITTO INTERNO: INTEGRAZIONE DEL SISTEMA DELLE FONTI

"E' necessario a questo punto fare una ulteriore premessa e una riflessione di ordine generale.

Il sistema di integrazione e di omogeneizzazione degli Stati nel contesto dell'Unione Europea è in una fase intermedia e probabilmente di transizione, una sorta di "terra di mezzo", caratterizzata da incertezze nella fase della regolazione delle competenze, come si evince anche dal rapporto, a volte conflittuale, tra la Corte di Giustizia europea e le Corti Costituzionali nazionali.

L'esigenza di certezza delle regole del diritto richiede tuttavia anzitutto una compiuta definizione del rapporto di gerarchia delle fonti.

Ciò costituisce per l'interprete una assoluta priorità logica per la soluzione della questione proposta.

Così ad esempio occorre stabilire l'esatta collocazione delle direttive (autoesecutive e non) all'interno del sistema delle fonti, che nel nostro ordinamento vede al primo posto le norme della Costituzione italiana.

Secondo i principi generali, applicativi delle norme del trattato, a differenza di quanto previsto per i regolamenti U.E. (aventi diretta ed immediata efficacia vincolante), le direttive richiedono di regola il recepimento nell'ordinamento interno a mezzo di apposita legge nazionale (art. 249 del Trattato), in quanto obbligano lo Stato al conseguimento di un determinato risultato, lasciando tuttavia

allo Stato medesimo di determinare autonomamente e liberamente gli strumenti e le norme necessari per il raggiungimento del fine, prevedendo all'uopo un congruo termine per l'adeguamento" (T.A.R. Sez. Lecce 1321/2020).

V. LE DIRETTIVE AUTOESECUTIVE

"Fanno in certo senso eccezione le direttive c.d. auto-esecutive, per le quali appunto la giurisprudenza eurounionale ha previsto l'immediata efficacia nell'ordinamento interno per il caso di inutile decorso del termine assegnato allo Stato nazionale, ma sempre limitatamente a quelle statuizioni che risultino compiutamente definite e prive di condizione alcuna.

Occorre a questo punto considerare l'esatta collocazione delle c.d. direttive autoesecutive nella scala di gerarchia delle fonti del diritto.

Secondo la tesi largamente prevalente, la direttiva autoesecutiva al pari dei regolamenti, deve ritenersi come avente natura di legge ordinaria, ancorché rafforzata, atteso che la circostanza che la legge nazionale non possa derogarvi non ne modifica la sostanziale natura e forza di legge (in quanto tale idonea a determinare una regolazione - nell'ambito dello stato membro - dei rapporti tra i cittadini).

La direttiva autoesecutiva, decorso il termine di moratoria e sempre limitatamente alle specifiche statuizioni compiute e dettagliate, ovvero quelle disposizioni che prevedano direttamente specifici obblighi o adempimenti e che non richiedano soprattutto l'esercizio di alcuna discrezionalità da parte del legislatore nazionale (C. G. U.E 25.5.93 causa 193/91), non richiede alcuna norma nazionale di recepimento, trovando immediata applicazione, con conseguente obbligo del giudice di disapplicazione della normativa nazionale con essa confliggente.(TAR Lecce - sentenza n. 1321/2020 del 27.11. 2020).

Perché dunque una direttiva possa ritenersi autoesecutiva debbono inverarsi due presupposti: 1) l'inutile decorso del termine di moratoria concesso dalla U.E. allo stato nazionale; 2) un contenuto normativo della direttiva specifico e compiuto che

non lasci alcuna discrezionalità e alcuno spazio di intervento al legislatore nazionale, risultando tecnicamente idonea a regolare direttamente i rapporti tra privato e pubblica amministrazione e/o tra i privati.

Prima di valutare se la direttiva Bolkestein presenti o meno natura self-executing, appare opportuno soffermarsi in generale sul rapporto tra norma nazionale e direttiva autoesecutiva nell'attività amministrativa e, ancor prima, sul concetto di disapplicazione.

VI. LA DISAPPLICAZIONE DELLA NORMA

Appare quasi superfluo evidenziare che in generale disapplicazione della legge equivale a violazione della legge.

Il termine disapplicazione può essere inteso in due modi: in senso assoluto o in senso relativo.

La disapplicazione di una legge in senso assoluto integra semplicemente aperta violazione della legge e, come tale, risulta inammissibile sia per il dirigente dell'amministrazione, sia per il giudice.

La disapplicazione di una legge in senso relativo, ovvero la disapplicazione di una legge finalizzata all'applicazione di altra legge, risulta invece logicamente inconcepibile ed inconsistente già sul piano terminologico.

Ed invero, premesso che per il principio di completezza dell'ordinamento giuridico ogni fattispecie deve necessariamente trovare una sua disciplina normativa, il momento disapplicativo di una norma risulta in tal caso mero presupposto per l'applicazione di altra norma, pertanto - in tale ipotesi - ciò che dovrebbe venire in rilievo sul piano definitorio - prima che sul piano della logica e del buonsenso - non è tanto la presupposta disapplicazione di una norma, quanto l'applicazione dell'altra norma, quella prevalente e idonea a regolare la fattispecie.

In definitiva il concetto di disapplicazione in senso relativo risulta perfettamente inutile ed anzi fuorviante, in quanto ciò che viene in rilievo è in definitiva l'applicazione della norma prevalente, da individuarsi attraverso i noti e consolidati

canoni ermeneutici deputati a dirimere il concorso di norme, tenuto conto della scala di gerarchia delle fonti del diritto.

VII. LE SENTENZE C.G.U.E. NEL SISTEMA DELLE FONTI DEL DIRITTO UNIONALE

Trattando della scala di gerarchia delle fonti del diritto, appare opportuno altresì, considerare - limitatamente a tale profilo – la natura e gli effetti sul diritto unionale derivanti dalle sentenze ordinarie della C.G.U.E..

Si ritiene in proposito opportuno richiamare espressamente la citata sentenza di questa sezione n. 1321/20:

"Occorre altresì considerare la natura e l'efficacia delle sentenze della Corte di Giustizia nell'ambito della scala di gerarchia delle fonti del diritto.

La Corte Costituzionale, già con le sentenze nn. 113/85 e 39/89 ha riconosciuto il principio della immediata efficacia e vincolatività delle "statuizioni risultanti dalle sentenze interpretative della Corte di Giustizia", al pari di quanto statuito con riferimento alle direttive autoesecutive (C. Cost. 2 febbraio 1990 n. 64 e C. Cost. 18 aprile 1991 n. 168).

Nella presente fase di transizione, la Corte di Giustizia – che non può intervenire ed incidere direttamente sul diritto interno – non conosce un procedimento giurisdizionale e una tipologia di pronunce assimilabili alle sentenze della Corte Costituzionale nazionale e non può pertanto dichiarare l'abrogazione di norme nazionali in conflitto con la normativa euro-unionale.

Le sentenze della Corte di Giustizia non sono quindi sussumibili tecnicamente tra le fonti del diritto e il riconosciuto effetto vincolante risulta circoscritto alle sole sentenze interpretative del diritto unionale, dovendosi pertanto ritenere, se non fonti del diritto in senso tecnico, tuttavia vincolanti quanto all'interpretazione e, pertanto fonti di integrazione del diritto unionale, del quale esprimono interpretazione autentica.

Quanto sopra premesso consente di definire gli esatti termini per la soluzione delle questioni proposte con il ricorso in esame.

Anzitutto può dunque ritenersi che il provvedimento amministrativo adottato in conformità alla legge nazionale ma in violazione di direttiva autoesecutiva o di regolamento U.E., secondo l'orientamento giurisprudenziale largamente prevalente, costituisca atto illegittimo e non già atto nullo, con conseguente sua annullabilità da parte del Giudice Amministrativo (previa disapplicazione della norma nazionale), su eventuale ricorso che potrà essere proposto da un soggetto per il quale ricorrano i presupposti della legittimazione e dell'interesse a ricorrere.

Per il caso di conflitto della norma nazionale con norma comunitaria immediatamente efficace ed esecutiva deve quindi ritenersi sussistere l'obbligo di disapplicazione della norma interna in favore di quella U.E., interpretata nel senso vincolativamente indicato da eventuale sentenza della C.G.U.E..

Così in proposito deve ricordarsi che la Corte di Giustizia con sentenza del 16 luglio 2016 ha fornito interpretazione vincolante dell'art. 12 paragrafi 1 e 2 della direttiva Bolkestein: "l'art. 12, paragrafi 1 e 2 della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale, come di 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 qualsivoglia procedura di selezione tra i potenziali candidati; l'art. 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che preveda una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo".

Tale pronuncia costituisce all'evidenza tipica espressione di esercizio della funzione di interpretazione autentica vincolante per il giudice dello stato membro" (T.A.R. – Sez. Lecce sent. n. 1321/2020). (T.A.R. Sez. Lecce 1321/2020).

VIII. LA PRIMAZIA DEL DIRITTO UNIONALE E L'AZIONE AMMINISTRATIVA

In generale nel diritto unionale e nella stessa giurisprudenza della C.G.U.E. il compito di garantire il primato del diritto U.E. sul diritto interno è stato anzitutto riferito al Giudice nazionale, cui è stato riconosciuto il potere-dovere di disapplicare la norma interna per applicare la norma unionale prevalente, anche – in ipotesi – previo ricorso agli istituti processuali della sospensione del giudizio con rimessione degli atti alla Corte Costituzionale (che per certi aspetti ha rivendicato la propria competenza a statuire sulla compatibilità o meno di norme nazionali con il diritto U.E., soprattutto in tema di diritti fondamentali) ovvero alla sospensione del giudizio con rinvio pregiudiziale alla stessa C.G.U.E..

L'interpretazione della norma giuridica deve essere effettuata secondo precisi e consolidati canoni e deve tendere alla individuazione della ratio legis, ovvero della volontà perseguita dal legislatore e non può spingersi fino alla abrogazione o cancellazione della norma dall'ordinamento vigente (interpretatio abrogans), atteso che l'interpretazione abrogante non è consentita al Giudice e neanche alla Pubblica Amministrazione, se non in casi eccezionali e fatto salvo l'eventuale previo ricorso alla Corte Costituzionale ovvero al rinvio pregiudiziale alla C.G.U.E., nel reciproco rispetto dei ruoli e della separazione dei poteri.

Sotto tal profilo il riferimento al giudice nazionale risulta logicamente coerente con il sistema delle tutele, in specie con riferimento all'ipotesi della direttiva self executing o presunta tale, potendo solo il giudice nazionale disporre del potere di rimessione degli atti alla Corte Costituzionale ovvero del rinvio pregiudiziale alla C.G.U.E..

In tal senso sembra opportuno richiamare la giurisprudenza della Corte Costituzionale; in tal senso C. Cost. 14 dicembre 2017, n. 269 (nonché n. 284 del 2007, n. 28 e n. 227 del 2010 e n. 75 del 2012), in cui si afferma che «conformemente ai principi affermati dalla sentenza della Corte di giustizia 9 marzo 1978, in causa C-106/77 (Simmenthal), e dalla successiva giurisprudenza di questa Corte, segnatamente con la sentenza n. 170 del 1984 (Granital), qualora si

tratti di disposizione del diritto dell'Unione europea direttamente efficace, spetta al giudice nazionale comune valutare la compatibilità comunitaria della normativa interna censurata, utilizzando – se del caso – il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, e nell'ipotesi di contrasto provvedere egli stesso all'applicazione della norma comunitaria in luogo della norma nazionale; mentre, in caso di contrasto con una norma comunitaria priva di efficacia diretta – contrasto accertato eventualmente mediante ricorso alla Corte di giustizia – e nell'impossibilità di risolvere il contrasto in via interpretativa, il giudice comune deve sollevare la questione di legittimità costituzionale, spettando poi a questa Corte valutare l'esistenza di un contrasto insanabile in via interpretativa ed eventualmente, annullare la legge incompatibile con il diritto comunitario (nello stesso senso sentenze n. 284 del 2007, n. 28 e n. 227 del 2010 e n. 75 del 2012)» ; "pertanto, ove la legge interna collida con una norma dell'Unione europea, il giudice – fallita qualsiasi ricomposizione del contrasto su base interpretativa, o, se del caso, attraverso rinvio pregiudiziale – applica direttamente la disposizione dell'Unione europea dotata di effetti diretti, soddisfacendo, ad un tempo, il primato del diritto dell'Unione e lo stesso principio di soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.), dovendosi per tale intendere la disciplina del diritto che lo stesso sistema costituzionale gli impone di osservare ed applicare.Viceversa, quando una disposizione di diritto interno diverge da norme dell'Unione europea prive di effetti diretti, occorre sollevare una questione di legittimità costituzionale, riservata alla esclusiva competenza di questa Corte, senza delibare preventivamente i profili di incompatibilità con il diritto europeo. In tali ipotesi spetta a questa Corte giudicare la legge".

Come è noto, tuttavia, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in una sentenza relativamente recente – la sentenza c.d. "promo-impresa" ha affermato il principio secondo cui la primazia della norma unionale su quella nazionale deve essere assicurata e resa effettiva dallo stato membro "in tutte le sue articolazioni", ovvero

sia da parte del giudice che da parte della pubblica amministrazione.

Nella citata sentenza di questa Sezione si esclude in proposito la portata vincolante della predetta affermazione della C.G.U.E.:

"Occorre anzitutto chiarire che tale statuizione della C.G.U.E. non può ritenersi – a differenza della precedente - di natura strettamente interpretativa di una specifica direttiva o regolamento U.E. e che comunque, a prescindere da ogni altra considerazione, tale statuizione risulta erronea e non vincolante.

Ed invero per norma interpretativa del diritto dell'Unione non può che intendersi una norma volta a chiarire la portata e la ratio legis di una statuizione specifica e non già una statuizione di carattere generale volta a condizionare in senso vincolante e limitativo l'attività decisionale del giudice interno, che comunque risponde a regole processuali inderogabili interne allo stato" (T.A.R. – Sez. Lecce sent. n. 1321/2020).

IX. LEGGE NAZIONALE E DIRETTIVA AUTOESECUTIVA

Si ritiene in proposito di confermare e tuttavia integrare la motivazione espressa sul punto nella citata precedente sentenza 1321/2020, aprendo una incidentale riflessione sotto due profili: uno generale relativo al rapporto tra diritto interno e diritto unionale con specifico riferimento alla ipotesi della direttiva self- executing o presunta tale; l'altro relativo alla ragionevole interpretazione della predetta statuizione della CGUE.

Quanto al primo profilo, deve in proposito anzitutto evidenziarsi che non si pone alcun problema con riferimento ai provvedimenti legislativi della U.E. immediatamente esecutivi negli ordinamenti interni (cosi come individuati nel Trattato U.E.), come ad esempio i regolamenti, idonei a costituire momento di regolazione dei rapporti tra privati e tra privati e pubblica amministrazione, essendo ovvio che alla relativa immediata applicazione debba necessariamente provvedere anzitutto la pubblica amministrazione.

Come già evidenziato, infatti, a differenza di quanto previsto per il regolamento

U.E., che ai sensi dell'art. 298 co. 2 del Trattato "è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri", con riferimento alle direttive l'art. 291 TFUE prevede: "gli stati membri adottano tutte le misure di diritto interno necessarie per l'attuazione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione Europea"; appare quindi evidente in via generale che l'ottemperanza alle prescrizioni della direttiva non possa che realizzarsi attraverso una attività normativa ad opera dello stato nazionale.

La differenza non è di poco conto perché nella scala di gerarchia delle fonti la direttiva, in quanto non immediatamente e direttamente applicabile nello stato interno, è in posizione subordinata rispetto alla legge nazionale, mentre la direttiva autoesecutiva, in quanto immediatamente applicabile, pur avendo natura di legge, si colloca al di sopra della legge nazionale in quanto norma rafforzata, nel senso che la legge ordinaria non può modificarne o derogarne il contenuto.

Il problema si pone pertanto proprio ed esclusivamente con riferimento alle direttive c.d. self executing, istituto di creazione pretoria, atteso che – da un lato – la direttiva auto esecutiva non si caratterizza per alcuna formale "bollinatura" che ne attesti in modo obiettivo ed incontrovertibile tale specifica qualità, ovvero l'auto esecutività e- dall'altro – che proprio l'attività interpretativa che dovesse culminare con il convincimento della natura auto esecutiva comporterebbe - come naturale corollario - la disapplicazione ovvero la violazione della legge nazionale, inverandosi la fattispecie della interpretazione abrogativa o "interpretatio abrogans".

In conseguenza di quanto sopra risulta illogico rimettere alla soggettiva e personale valutazione del Dirigente la qualificazione della direttiva come autoesecutiva o meno, in quanto in tal modo si consentirebbe all'amministrazione di violare la norma di legge nazionale, salvo che nell'ipotesi in cui la natura self executing della direttiva risulti dichiarata con provvedimento giurisdizionale efficace erga omnes.

Diversamente opinando si consentirebbe alla pubblica amministrazione e, nella specie, al dirigente comunale, di violare la legge nazionale – che peraltro, per quanto di seguito si dirà, costituisce l'unica legge applicabile nel caso in esame – sulla base di un soggettivo quanto opinabile personale convincimento circa la natura autoesecutiva o meno della direttiva.

Pertanto – in via generale dovrebbe nettamente distinguersi la direttiva autoesecutiva dai regolamenti unionali e dagli altri atti immediatamente efficaci nello stato membro, ovvero ritenersi che l'accertamento della natura self executing della direttiva debba essere riservato solo al giudice e che la pubblica amministrazione sia in tal caso anzitutto tenuta all'osservanza della norma nazionale di certa applicabilità (e, peraltro, nel caso di specie l'unica applicabile, per quanto appresso si dirà). E ciò sul piano generale (e quindi al di fuori della materia dellle concessioni demaniali, oggetto del presente giudizio) e proprio al fine di assicurare certezza e parità di trattamento nell'attività amministrativa. Deve pertanto ritenersi che l'amministrazione sia certamente tenuta ad assicurare la prevalenza della normativa unionale, ove immediatamente applicabile, su quella nazionale, conformando alla prima i propri provvedimenti, dovendo viceversa – nel caso di una direttiva - attenersi all'applicazione della norma nazionale, di certa ed immediata esecutività, non potendosi consentire la violazione della legge certa ed applicabile alla fattispecie, sulla base di un soggettivo quanto opinabile convincimento della natura self executing di una direttiva comunitaria, attraverso una interpretazione abrogante nella specie non consentita.

Ciò ovviamente sul piano meramente deontologico atteso che l'amministrazione è, per essa, il Dirigente può comunque diversamente discernere ed operare, ferma restando in tal caso la successiva valutazione della legittimità o meno dell'attività amministrativa in tal modo posta in essere e la natura self –excuting della direttiva riservata al giudice.

Ciò ovviamente su un piano meramente deontologico, atteso che l'amministrazione

e, per essa, il dirigente può diversamente ed autonomamente determinarsi, ferma restando comunque la successiva valutazione della legittimità o meno dell'attività amministrativa in tal modo posta in essere (e relativa alla sussistenza o meno della natura autoesecutiva della direttiva), riservata in via esclusiva al giudice.

X. IMMEDIATA ESECUTIVITA' DELLA NORMATIVA UNIONALE COME PRESUPPOSTO DELLA DISAPPLICAZIONE DELLA NORMA NAZIONALE.

Quanto al secondo profilo e "melius re perpensa"- ritiene il Collegio che l'affermazione della Corte di Giustizia, secondo cui "la primazia del diritto unionale deve essere assicurata dallo stato nazionale in tutte le sue articolazioni" ovvero sia dal giudice sia dalla pubblica amministrazione, fermo restando in generale il convincimento della sua estraneità alla materia dell'interpretazione autentica del diritto unionale (come ritenuto nel citato precedente di questa Sezione sent.N.1321/2020), appare in realtà perfettamente condivisibile (ed anzi financo ovvia) ove correttamente interpretata, atteso che il presupposto logico della stessa è costituito dal fatto che entrambe le norme che concorrono a regolare astrattamente la fattispecie, ovvero quella nazionale e quella unionale prevalente, siano immediatamente applicabili ed esecutive (circostanza che si verifica – ad esempio – per i regolamenti U.E., la cui primazia o prevalenza sul diritto interno va certamente e doverosamente assicurata anzitutto dalla pubblica amministrazione ancor prima che dal giudice nazionale).

L'immediata e diretta applicabilità della normativa eurounionale come presupposto della disapplicazione della norma interna con essa confliggente risulta peraltro evincibile dalla stessa giurisprudenza della CGUE, nonché da varie pronunce del Consiglio di Stato che ad essa si richiamano; così ad esempio: "qualora, pertanto, emerga contrasto tra la norma primaria nazionale o regionale e i principi del diritto eurounitario, è fatto obbligo al Dirigente che adotta il provvedimento sulla base della norma nazionale o regionale di non applicarla (in contrasto con la norma eurounitaria di riferimento), salvo valutare la possibilità di

trarre dall'ordinamento sovranazionale una disposizione con efficacia diretta idonea a porre la disciplina della fattispecie concreta" (CDS Sez. V 5/3/2018 n. 1342; CDS Sez. VI 18/11/2019 n. 7874).

XI. LA DIRETTIVA BOLKESTEIN NON E' SELF EXECUTING.

Nel caso di specie tuttavia, anche a prescindere da quanto sopra rappresentato con riferimento alle specifiche criticità che presenta l'ipotesi del conflitto tra norma interna e direttiva "self-executing", appare dirimente la circostanza che la direttiva servizi o Bolkestein non può qualificarsi come self-executing in quanto non possiede i requisiti oggettivi dell' auto-esecutività e non è pertanto - per quanto di seguito evidenziato – immediatamente applicabile, in assenza di una normativa nazionale di attuazione.

In tal senso si è espressa la giurisprudenza del Consiglio di Stato con la sentenza Sez. VI 27.12.2012 n. 6682: "la richiesta di annullamento dei provvedimenti impugnati, previa diretta disapplicazione dell'art. 1 comma 18 del DL 194/2009, come convertito in legge 25/2010 (ovvero sia pure implicitamente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia) per incompatibilità di tale disposizione con le norme ed i principi del diritto comunitario, non può trovare accoglimento sia perché la procedura di infrazione è stata archiviata,...ma soprattutto perché la direttiva 123/06/CE che integra i principi di diritto comunitario non è di diretta applicazione" (CDS VI n. 6682/2012.

Occorre in proposito esporre alcune considerazioni che, ad avviso del Collegio rendono evidente – anche sotto altro e diversa angolazione visuale – la natura non self executing della direttiva servizi:

a) Il principio di completezza dell'ordinamento richiede anzitutto che ogni fattispecie debba necessariamente trovare una norma di regolazione e, pertanto, per quanto sopra già evidenziato, la disapplicazione (in senso relativo, ovvero disapplicazione norma interna / applicazione norma U.E.) della norma interna si può ritenere giustificata laddove la fattispecie possa e debba essere regolata dalla

norma concorrente superiore, secondo la scala di gerarchia delle fonti.

Orbene, la cosiddetta "disapplicazione" (rectius: violazione) della Legge nazionale 145/18 non realizzerebbe l'adempimento degli obblighi dello Stato Italiano rispetto agli impegni euro-unionali e non risulterebbe – ad esempio - idonea a paralizzare l'avvio della procedura di infrazione.

b) Inoltre, l'adempimento degli obblighi inerenti l'adesione al trattato U.E. implica necessariamente che lo Stato Italiano debba garantire l'uniforme applicazione della direttiva sull'intero territorio nazionale.

c) Necessità di abrogazione/riforma di norme nazionali vigenti, obiettivamente non compatibili con l'applicazione diretta ed immediata della direttiva servizi e con i principi espressi dalla stessa C.G.U.E..

Così ad esempio appare necessaria e preliminare una previa modifica delle norme del codice della navigazione e in particolare degli artt. 42 e 49, anche con riferimento alla previsione di indennizzo in favore del concessionario uscente L'art. 42 cod. nav. per il caso di revoca discrezionale della concessione demaniale per ragioni di pubblico interesse, cui appare riconducibile per analogia la fattispecie in esame, esclude espressamente la previsione di indennizzo in favore del concessionario uscente.

Occorre in proposito considerare preliminarmente che le concessioni demaniali marittime, così come configurate tradizionalmente nell'ordinamento interno, nel quale era assolutamente prevalente, se non assorbente, una connotazione "pubblicistica", hanno subito una profonda trasformazione proprio per effetto delle indicazioni emergenti dall'ordinamento euro-unionale, che ha invece in particolar modo evidenziato il profilo economico delle concessioni demaniali, per la loro idoneità a costituire fonte di reddito per il concessionario.

Proprio in virtù di tale ritenuta preminenza dell'aspetto privatistico ed economico inerente la concessione demaniale, nonché sulla base della ritenuta limitatezza della risorsa costiera, è stata adottata la direttiva servizi includendovi l'attribuzione

dei titoli concessori solo attraverso gare ad evidenza pubblica, anche al fine di garantire tutela ad interessi transfrontalieri, ritenendo altresì la direttiva Bolkestein ostativa a disposizioni legislative di proroga automatica in favore dei titolari di concessioni. La mutata concezione della concessione demaniale, intesa ora prevalentemente come risorsa economico produttiva, non appare compatibile con la espressa esclusione della corresponsione di un indennizzo in favore del concessionario uscente, perché ciò realizzerebbe una violazione di diritti che trovano tutela sia nella Costituzione, sia nello stesso trattato U.E., quali la libertà di stabilimento e la tutela del diritto di proprietà.

Deve infatti considerarsi che l'indennizzo risponde a esigenze di equità, atteso che il concessionario in essere con la sua opera e con propri investimenti, nonché attraverso la realizzazione delle opere legittimamente autorizzate, ha determinato un incremento di valore del bene demaniale, che – una volta rientrato nella giuridica disponibilità dell'amministrazione, determinerà un più o meno rilevante incremento del canone a vantaggio della pubblica amministrazione e in danno del privato; ovvero – per l'ipotesi in cui il canone a carico del nuovo concessionario dovesse restare invariato – un trasferimento di ricchezza legato alle maggiori caratteristiche di redditualità – in favore del nuovo concessionario e in danno del concessionario uscente; ricorrendo pertanto in entrambe le ipotesi un trasferimento di ricchezza privo di causa in violazione pertanto di diritti garantiti dalla Costituzione Italiana e dal Trattato U.E..

d) A ciò deve aggiungersi una ulteriore considerazione: la stessa Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ancorché con statuizione non vincolante sul punto, ha in più occasioni ribadito la compatibilità con la direttiva servizi di una norma nazionale di attuazione che tuteli le aspettative ed illegittimo affidamento con riferimento a rapporti di concessione demaniale sorti in epoca antecedente rispetto alla data di adozione della direttiva Bolkestein.

e) Appare inoltre necessario che una normativa nazionale stabilisca regole

specifiche ed uniformi, anche al fine di evitare disparità di trattamento, relativamente all'espletamento delle gare ad evidenza pubblica, non apparendo applicabile alla fattispecie la normativa prevista in materia di appalti, bensì quella prevista dal codice della navigazione.

f) Ad evidenziare il fatto che il provvedimento di diniego della proroga prevista dalla legge nazionale da parte del dirigente comunale costituisca un mero atto illegittimo e che lo stesso non possa integrare in alcun modo una attuazione della Bolkestein, sarebbe sufficiente il considerare che il diniego di proroga delle concessioni sul territorio nazionale a " macchia di leopardo" non eviterà l'imminente ed altamente probabile avvio della procedura di infrazione nei confronti dell'Italia, che resterà inadempiente in assenza dell'approvazione della normativa di riordino della materia e di attuazione della direttiva.

g) Al fine di assicurare ottemperanza alla direttiva e di scongiurare l'avvio della procedura di infrazione, che costituisce la naturale conseguenza della richiesta di chiarimenti rivolta allo Stato Italiano dalla Commissione Europea, occorrerebbe la tempestiva approvazione di una normativa che preveda, oltre ad una preliminare proroga tecnica delle concessioni in atto per almeno un triennio, regole uniformi per l'intero territorio nazionale che stabiliscano – per le nuove concessioni da attribuirsi a seguito di gara ad evidenza pubblica:

1) la durata delle stesse (che dovrà essere tale da garantire l'ammortamento degli investimenti effettuati);

2) la composizione delle commissioni di gara;

3) i requisiti soggettivi e oggettivi di partecipazione;

4) le forme di pubblicità (anche a tutela degli interessi transfrontalieri);

5) i criteri di selezione (atteso che la giurisprudenza amministrativa ha già evidenziato l'illegittimità del riferimento normativo al codice degli appalti, dovendosi avere a parametro il Codice della Navigazione); In tal senso la recente sentenza del Consiglio di Stato Sezione V 9.12.2020 N. 7837

6) la modifica delle norme del Codice della Navigazione in tema di indennizzo;

7) la previsione di un procedimento amministrativo che consenta di quantificare, in contraddittorio e secondo regole certe, il relativo importo per ciascuna concessione; 8) la previsione di norme a tutela del legittimo affidamento per rapporti concessori sorti in epoca precedente alla data di adozione della direttiva servizi.

In sede di normativa di riordino del settore, sarebbe peraltro auspicabile prevedere il necessario ed inscindibile collegamento tra concessione e titolo edilizio, abbandonando – anche sul piano delle competenze – il doppio e parallelo procedimento e prevedendo una autorizzazione integrata demaniale con valenza edilizia e paesaggistica.

Tutto quanto sopra del resto è perfettamente noto da tempo, atteso che – in disparte il D.Lgs. 59/2010 (che già conteneva delega al governo per il riordino della materia), in data 26 ottobre 2017 la Camera dei Deputati aveva approvato il disegno di legge A,C. 4302-A (presentato in data 15/2/2017), recante delega al governo alla revisione e al riordino della normativa relativa alle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali ad uso turistico ricreativo nel rispetto della normativa europea, prevedendo all'art.1 comma 2 l'intervento di decreti legislativi di attuazione; in tale disegno di legge si prevedeva, tra l'altro, il riconoscimento del principio del legittimo affidamento, un periodo transitorio per le concessione rilasciate entro il 31/12/2009, la previsione di indennizzo e la articolazione a tal fine delle aree demaniali in tre fasce a seconda della loro valenza turistica, la previsione di criteri di premialità per i concessionari virtuosi, il miglioramento dell'offerta turistica, altro).

Occorre del resto ricordare che anche la CGUE non ha mai affermato la natura self-excuting della direttiva Bolkestein, atteso che la natura vincolante della direttiva nulla a che vedere con l'autoesecutività o immediata e diretta applicabilità.

Per tutte le considerazioni che precedono deve pertanto ritenersi la natura non

esecutiva della direttiva servizi e la conseguente necessità di una legge attuativa, legge attuativa peraltro intervenuta in tutti gli altri paesi dell'unione europea.

XII. CONSIDERAZIONI ULTERIORI

Osserva il Collegio (per mero dovere di completezza, non risultando dedotto specificamente il vizio di eccesso o difetto di delega e di incompetenza) che appare evidente, proprio in ragione della caotica situazione in atto (caratterizzata da un dilagante aumento del contenzioso avviato dai titolari di concessioni demaniali e financo dall'Anti-Trust), che l'attuazione della direttiva Bolkestein nella specifica materia non possa che realizzarsi attraverso la previa approvazione di una preliminare normativa che preveda l'immediata revoca - ancorché temporanea – della delega originariamente attribuita alle regioni e poi ai comuni per la gestione delle attività amministrative connesse alle concessioni demaniali in questione, e ciò al fine di pervenire ad una disciplina unitaria e coerente idonea ad evitare ingiustificata disparità di trattamento da comune a comune ed al fine di arginare l'inevitabile proliferare del contenzioso.

In proposito deve aggiungersi che, quandanche volesse ritenersi che l'attività di attuazione della direttiva possa rientrare nelle ordinarie attività amministrative connesse alla gestione delle concessioni e oggetto della delega conferita a regioni e comuni (circostanza della quale può seriamente dubitarsi, trattandosi di attività straordinaria connessa all'adempimento di obblighi U.E. e quindi ultronea rispetto all'ambito della delega conferita), occorre ricordare che proprio l'esigenza di assicurare l'adempimento di obblighi derivanti dall'adesione alla U.E. o da accordi internazionali costituisce - secondo il nostro ordinamento costituzionale - limite oggettivo alla stessa potestà legislativa delle regioni e financo di quelle ad autonomia differenziata. Ciò induce a ritenere che difetti in capo al singolo comune e al Dirigente comunale il potere di provvedere in materia.".

Il ricorso in esame è dunque inammissibile ed infondato e va pertanto complessivamente respinto.

Le spese di giudizio, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza e vanno dunque poste a carico di AGCM.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Prima definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

(*Omissis*)

DIRITTO COMUNITARIO, DISAPPLICAZIONE DEL DIRITTO INTERNO E CREATIVITÀ DELLA GIURISPRUDENZA (A PROPOSITO DELLA PROROGA DELLA DURATA DELLE CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME)*

(*EU Law, Disapplication of Domestic Law, and Judicial Creativity (in Relation to the Prorogation of the Deadline of Maritime State Concessions)*)

ABSTRACT: *The legal rules on the duration of state maritime concessions provide insight into thorny general issues pertaining to the relation between EU and domestic law, as well as to the disapplication of the latter in case of its incompatibility with the former. The jurisprudential picture which has developed with regard to these issues is one of irregular treatment on part of Courts, whose tendencies the essay critically addresses.*

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. L'individuazione del modello procedimentale di selezione del concessionario di beni del demanio marittimo. – 3. L'incompatibilità con il diritto dell'Unione europea del modello procedimentale di selezione del concessionario di beni del demanio marittimo delineato dal codice della navigazione. – 4. L'integrazione giurisprudenziale del modello procedimentale di selezione del concessionario di beni del demanio marittimo delineato dal codice della navigazione. – 5. I confini della funzione giurisprudenziale nell'attuazione del diritto comunitario in tema di selezione del concessionario di beni del demanio marittimo. – 6. L'esclusione della diretta applicabilità del diritto comunitario in tema di selezione del concessionario di beni del demanio marittimo. – 7. Segue: profili concernenti la direttiva Bolkestein in particolare. – 8. Segue: l'esclusione della diretta applicabilità della direttiva n. 2006/123/CE e della disapplicazione della disciplina interna di proroga delle concessioni demaniali marittime. – 9. Note critiche sulla giurisprudenza più recente. – 10. Segue: il disinvolto riferimento ai principi comunitari. – 11. Considerazioni conclusive. – 12. Segue: casi particolari (tutela dell'affidamento e vendita forzata).

*Il presente contributo è stato sottoposto a referaggio.

1. Cons. Stato, V sez., 9.12.2020, n. 7837, ha deciso la controversia concernente la legittimità degli atti del procedimento promosso dal Comune di Piombino con un avviso pubblico, divulgato ai sensi del regolamento comunale per la gestione del demanio marittimo e finalizzato al rilascio di concessioni demaniali marittime della durata di sei anni relativi alla realizzazione, in siti già individuati, di cinque cc.dd. "Punti Blu" per l'attività di noleggio di lettini, ombrelloni e attrezzature sportive per attività balneari. L'avviso, in conformità al presupposto citato regolamento, delineava il procedimento ricalcando l'art. 37 cod. nav. e l'art. 18 del relativo regolamento di esecuzione.

Insorgeva colui che, a seguito dell'avviso finalizzato a stimolare istanze di concessione, aveva presentato per primo domanda che, in aderenza alla disciplina richiamata – che prevede che le concessioni siano rilasciate a coloro che ne facciano richiesta e, in caso di plurime domande, la prevalenza di quella di chi offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersene per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda a un più rilevante interesse pubblico –, era stata pubblicata nell'Albo pretorio per la presentazione di eventuali osservazioni, opposizioni o domande concorrenti; e che, comparata in sede di conferenza di servizi con le altre domande successivamente ricevute, in base ai criteri di valutazione formulati solo in quella sede, era risultata seconda nella graduatoria a parità di merito con altra.Il TAR Toscana aveva accolto il ricorso ritenendo violati i principi di segretezza delle offerte e di predeterminazione dei criteri di valutazione, considerandoli di necessaria applicazione poiché "in base al principio comunitario di concorrenzialità le concessioni demaniali, in quanto concernenti beni economicamente contendibili, devono essere affidate mediante procedura di gara (C.d.S. V, 11 giugno 2018)", dovendosi perciò "procedere secondo i principi di pubblicità, trasparenza e parità di trattamento propri dell'evidenza pubblica, tra i quali non possono non essere ricompresi" i primi, ossia "la ricezione delle proposte in busta chiusa e la

previa determinazione dei criteri prima della loro apertura". Tanto più che "[l]'obbligo di pubblicare l'istanza non significa che deve essere resa nota al pubblico ciascuna proposta di concessione pervenuta all'Amministrazione, completa di tutti i suoi elementi. Ciò che deve essere pubblicizzata è la ricezione dell'istanza, al fine di provocare la maggior partecipazione al confronto competitivo che dovrà però svolgersi secondo le regole sopracitate costituenti l'essenza stessa dell'evidenza pubblica, poiché tendono a realizzare i principi di parità di trattamento e trasparenza garantendo così la concorrenzialità nella procedura".

Il giudice del gravame, promosso dal Comune soccombente in primo grado, ha disatteso l'indirizzo applicativo espresso dal Tribunale amministrativo, facendo applicazione della disciplina speciale contenuta nel cod. nav.; e accreditando l'idea che quest'ultima non confligga con "gli obblighi di trasparenza, imparzialità e rispetto della *par condicio* imposti all'amministrazione, anche" dal diritto comunitario non ostanti l'assenza di segretezza (della prima) delle domande antagoniste e l'assenza di criteri valutativi prestabiliti.

Così che il precedente offre l'occasione per affrontare alcune delicate questioni che attengono al rapporto tra diritto comunitario e diritto interno, nonché all'istituto della disapplicazione del secondo se contrastante con il primo, in un settore rilevante per l'economia nazionale qual è quello delle imprese al cui esercizio è strumentale l'uso di beni del demanio, in particolare marittimo, che riposi su titoli concessori. A venire in rilievo sono rapporti assai tradizionali, al pari della scarna normativa che direttamente li concerne, che tuttavia nell'ultimo torno d'anni hanno formato oggetto, gli uni e l'altra, d'una rinnovata attenzione della giurisprudenza che ha provvisto riletture soprattutto orientate dal diritto comunitario e dal valore della concorrenza che esso difende. Ne è risultato un quadro piuttosto frastagliato di orientamenti interpretativi che investono diversi ambiti[1]; che appaiono disomo-

[1] Si può rinviare alla compilazione a cura di FERRARA [M.], IOANNIDES [G.] e VOSA [G.], *Dossier ragionato sulle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo*, in *federalismi.it*, 2021, n. 18, 28.7.2021, da integrare almeno con la menzione sia di T.a.r. Liguria,

genei, salvo che per la sommarietà con cui affrontano le accennate questioni che li accomuna; che costituiscono fonte di perniciosa incertezza, risultando di ostacolo alla chiarezza dei rapporti di cui si nutrono le attività economiche[2]; e che la dottrina più attenta ha già mostrato di osservare criticamente[3].

2. Cons. Stato, 9.12.2020, n. 7837, assume che "la questione … è se … per la concessione delle aree demaniali marittime … [sia da] … indire una procedura competitiva sulla scorta del modello applicabile agli appalti pubblici". Ma vi è un'altra ben più rilevante questione sottostante, che il giudicante non enuncia espressamente, sebbene vi accenni: se l'alternativo modello provvisto dal codice della navigazione e dal relativo regolamento attuativo sia compatibile (non solo con i principi costituzionali che presiedono all'azione amministrativa, ma pure) con il diritto comunitario. E, con riguardo a entrambe, l'*iter* argomentativo e la soluzione applicati-

---

8.6.2016, n. 583, per il riconoscimento della pignorabilità e, più in generale, dell'assoggettabilità a esecuzione forzata dei diritti concessori nascenti da concessioni demaniali marittime, nonché dell'effetto traslativo della vendita forzata, in aderenza all'orientamento inaugurato da Trib. Genova, ord., G.E. Bianchi, 9.11.2015, ined.; sia di Cons. Stato, Sez. V, 4.1.2018, n. 52, per la conferma di quei riconoscimenti, oltre che per la singolare qualificazione dell'"autorizzazione … al subingresso nella concessione demaniale marittima" come "istituto *sui generis*, contemporaneamente diverso dal rilascio della concessione (artt. 36 e ss. Cod. nav.), ma anche dalla mera autorizzazione", come dunque se si potesse isolare un *tertium genus* oltre le due classiche specie di atto amministrativo ampliativo.

[2] Cfr. ALPA [G.], *Il caso Lexitor e l'estinzione anticipata del debito nel rapporto di credito al consumo* (The Lexitor case and the early debt resolution in the consumer credit relation), in *Riv. trim. dir. ec.*, 2021, I, 220 ss. e, ivi, 240. Si allude a un'esigenza assai sentita del mercato, tanto da aver trovato riscontro nell'affermarsi di una prassi delle autorità di vigilanza dei mercati regolamentati di esercizio di poteri commendatori (v. CAPRIGLIONE [F.] e MONTEDORO [G.], *Società e borsa (Commissione nazionale per le)*, in *Enc. dir., Agg.*, VI, Milano, 2002, 1022 ss.) che si traduce nella "somministrazione di criteri unitari d'azione" (v. GIANNINI [M.S.], *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, e *amplius*, PECCHIOLI [N.], *Consob e poteri "commendatori" di conformazione e unificazione del mercato*, ne *L'intervento pubblico nell'economia* a cura di M. CAFAGNO e F. MANGANARO, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi* a cura di L. FERRARA e D. SORACE, vol. V, Firenze, 2016, 525 ss., spec. 530.

[3] Cfr. DI PLINIO [G.], *Il Mostro di Bolkestein in spiaggia. La "terribile" Direttiva e le concessioni balneari, tra gli eccessi de*l Judicial Italian Style *e la crisi del* federalizing process, in *federalismi.it*, 2020, n. 5, 4.3.2020; CARAVITA [B.] e CARLOMAGNO [G.], *La proroga* ex legge *delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma, ivi*, 2021, n. 20, 11.8.2021.

va che emergono dal precedente non sembrano condivisibili.

Quanto alla prima, parrebbe che la s'intenda risolvere ricorrendo al criterio di specialità, la cui applicazione risulta tuttavia approssimativa. Sulla scorta di Cons. Stato, 16.2.2017, n. 688, infatti, si avanza che "non sussiste un obbligo di legge di procedere all'affidamento delle concessioni demaniali marittime nelle forme tipiche della procedura a evidenza pubblica prevista per i contratti d'appalto della pubblica amministrazione" data la circostanza che per esso "l'art. 37 del Codice della navigazione contempla l'ipotesi di una domanda che perviene dal mercato privato". Ma, per tale ragione, questa seconda disciplina può astrattamente prevalere perché speciale solo se ricorre la fattispecie che la rende in tesi tale, ossia se vi sia effettivamente "una domanda che perviene dal mercato privato". E laddove avverte che "[n]on deve … trarre in inganno … che la procedura sia stata preceduta da un avviso pubblico", è il Collegio che purtroppo s'inganna. Si può ammettere, a tutto concedere, che la disciplina speciale non presupponga la spontaneità della domanda, ma in caso di avviso deve trattarsi d'una notizia che preservi il carattere di "domanda che perviene dal mercato" della successiva iniziativa privata che stimola[4]: l'avviso deve essere sufficientemente generico quanto, se non al bene, almeno alla durata o all'uso; altrimenti non vi è una domanda del mercato alla p.A., una «fattispecie non "orientata"» secondo l'espressione del giudicante, ma un'offerta della seconda al primo come accade negli appalti. L'avviso, dunque, cioè il suo contenuto, è assai rilevante: se, come nel caso deciso, si spinge a individuare i beni, la durata, gli usi, si delinea una fattispecie la cui sostanza è lontana dalla forma con cui si propone; e che si approssima ad altre rispetto alle quali si è praticata la tecnica di lasciare che sia la sostanza a prevalere[5].

[4] Nel senso che l'art. 37 cit. contempli e disciplini un procedimento ad impulso del mercato sembra, tra l'altro, Cons. Stato, Sez. VI, 26.06.2009, n. 5765.

[5] Rammenta, nell'area dei contratti per adesione, specie di quelli di assicurazione, la riqualificazione del cliente solo formalmente latore d'una proposta predisposta dall'oblato; o, in campo processual-civilistico, l'inversione della posizione processuale delle parti nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo: v. a es. Trib. Roma, Sez. XVII, 7.8.2018, per cui l'opposto convenuto in

Del resto, l'erroneità del criticato orientamento applicativo si disvela anche perché per esso passa l'elusione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, 12.12.2006, n. 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno (c.d. direttiva "servizi" o "*Bolkestein*"). Se qualsiasi avviso, pure se dettagliato tanto da mimare un normale bando di gara a iniziativa pubblica quanto a beni, durata e uso "concessi" bastasse a configurare invece "una domanda che perviene dal mercato privato" e, su tale presupposto, a rendere esperibile il procedimento contemplato dagli artt. 36 s. cod. nav. e 18 reg. att. cod. nav. che non integra quella a evidenza pubblica imposta dalla citata direttiva (sul contrasto v. *infra* § 2), sarebbe offerto alla prassi un *escamotage* per disattendere quest'ultima.

Cade così, per un duplice ordine di ragioni anche la sbrigativa congettura del Collegio che "la concomitanza di domande di concessione prevista dall'art. 37 determina già di per sé una situazione concorrenziale che preesiste alla volontà dell'amministrazione di stipulare un contratto e [...] pertanto non richiede le formalità proprie dell'evidenza pubblica". Sia perché l'avviso, persino se non sia particolarmente vincolante, manifesta pianamente una "volontà dell'amministrazione di" costituire un rapporto del quale delinea i caratteri, la quale precede le domande che stimola; e che, dunque, non danno affatto luogo a "una situazione concorrenziale che preesiste a" quella volontà, che viceversa la determina del tutto similmente a quando operano "le formalità proprie dell'evidenza pubblica". Sia perché l'asserzione, nell'escludere che queste ultime siano richieste in relazione al fenomeno (o lo schema) contemplato dagli artt. 36 s. cod. nav. e 18 reg. att. cod. nav., si traduce nell'ammissione che tale speciale disciplina non prevede una procedura a evidenza pubblica, dal che si deve naturalmente trarre l'incompatibilità con il diritto comunitario e, in particolare, la summenzionata direttiva che una tale procedura invece impone secondo l'interpretazione offertane da Corte giust. UE, 14.7.2016,

---

senso formale è attore in senso sostanziale onerato della prova dei fatti costitutivi della pretesa fatta valere in via monitoria.

cause nn. 458/14 e 67/15. Fermo restando che la congettura, comunque, non è conclusiva: la circostanza che si determini una situazione concorrenziale non implica anche che la competizione si svolga in conformità dei principi di "trasparenza, imparzialità e rispetto della *par condicio*", che viceversa debbono essere (*i.e.* risultare) attuati da(un'acconcia disciplina de)l procedimento.

Colpisce la sommarietà del precedente, in cui manca non soltanto la prospettiva comunitaria, ma pure quella costituzionale. Quanto alla prima, il Collegio compie un inchino formale al diritto comunitario: vi accenna soltanto una volta e genericamente, là dove assume la compatibilità con "gli obblighi di trasparenza, imparzialità e rispetto della *par condicio* imposti all'amministrazione, anche a livello europeo, … [de]l modello procedimentale di cui all'art. 37 Cod. nav.", ma in realtà se ne disinteressa del tutto, posto che nulla dice a sostegno della tesi (che appare precipitosa: v. *infra* § 2); non menziona alcuna fonte e ignora la giurisprudenza comunitaria, persino quella dianzi ricordata formatasi sulla direttiva n. 2006/123/CE che vi ravvisa disposizioni (art. 12) specificamente riguardanti il tema delle modalità dell'affidamento in concessione dei beni demaniali; e ritiene di tralatiziamente "dare continuità all'indirizzo espresso … da … Consiglio di Stato …, 26 giugno 2009, n. 5765", ossia acriticamente a una pronuncia datata, addirittura largamente anteriore alla rilevante novità costituita dalla citata sentenza della CGUE. Una omissione che appare di particolare rilievo tenuto conto che, sia pure con un isolato (e discutibile: v. *infra* § 2) precedente[6] dissonante dalla giurisprudenza che pare maggioritaria[7], si è addirittura affacciata l'idea che la detta direttiva sia *self-executing* e, così, direttamente applicabile: ciò che, dunque, avrebbe a maggior ragione imposto un confronto del canovaccio prediletto dal Collegio con il diritto comunitario per verificare

[6] Cons. Stato, Sez. VI, 18.11.2019 n. 7874; ma cfr., Cons. Stato, Sez. VI, ord., 12.2.2021, n. 645, in cui la stessa sezione sembra più frenata.

[7] V., a es., Cons. Stato, Sez. V, 24.10.2019, nn. 7251, 7252, 7253, 7254, 7255, 7256, 7257 e 7258; nonché T.a.r. Toscana, 9.11.2020, n. 1377, T.a.r. Puglia, Lecce, Sez. I, 27.11.2020, nn. 1321 e 1322, T.a.r. Puglia, Lecce, Sez. I, 15.1.2021, nn. 71, 72, 73, 74 e 75, T.a.r. Puglia, Lecce, Sez. I, 1.2.2021, nn. 155, 156, 160, 161, 164 e 165, T.a.r. Puglia, Lecce, Sez. I, 15.2.2021, n. 268.

la compatibilità del primo con il secondo.

Allo stesso modo, manca altresì la prospettiva costituzionale, atteso che la sentenza in esame non confronta direttamente la compatibilità del procedimento speciale ritenuto applicabile con i canoni di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza (che riecheggiano nell'art. 1 l. n. 241/1990) in cui si concretano i precetti costituzionali di buon andamento (quanto a economicità, efficacia ed efficienza) e di imparzialità dell'amministrazione (quanto agli altri) consacrati dall'art. 97 Cost. e (quanto a pubblicità e trasparenza) pure espressione del principio democratico (qui *sub specie* del principio costituzionale del controllo democratico da parte dei cittadini sull'attività della p.A.). Il confronto è eluso attraverso un metadiscorso generico e approssimativo, a tratti contraddittorio e disattento al dato positivo. Il Collegio postula che "[l]'evidenza pubblica … non può … essere ragguagliata… al solo *modus procedendi* della contrattualistica pubblica" e risolve che "il corretto esercizio del potere pubblico … è assicurato anche dal modello procedimentale previsto dagli artt. 37 Cod. nav. e 18 reg. att., … che … soddisfa gli obblighi di trasparenza, imparzialità, rispetto della *par condicio* e confronto concorrenziale, attraverso il meccanismo pubblicitario e gli oneri istruttori e motivazionali". Senonché, nella misura in cui si esige a tal fine "un efficace ed effettivo meccanismo pubblicitario preventivo sulle concessioni in scadenza", si trascura che quelle regole non sembrano prevederlo, né si dice da dove si trarrebbe l'integrativa norma d'azione prescrittiva di un tale obbligo e del suo adempimento mediante lo strumento (utilizzato dall'ente concedente e consistente nella pubblicazione) dell'"avviso" che, nel caso deciso, il Collegio mostra di ritenere un adattamento della procedura indicata dalle menzionate disposizioni; e di considerarlo ammissibile così legittimando, con esso, pure (la soluzione consistente nel seguire) un "procedimento ibrido". In ogni caso, si prospetta un requisito incoerente con ciò che s'indica quale presupposto della specialità e, con essa, dell'utilizzabilità di detto modello, ossia "una domanda che perviene dal mercato privato", la quale prescinde

(o, almeno, può prescindere) da una preventiva pubblicità; e, inoltre, si enuncia un requisito che neppure copre tutte le ipotesi a cui si profila che il procedimento in esame si applichi, atteso che la domanda non esige (o, almeno, non esige necessariamente) che vi siano "concessioni in scadenza".

Del pari, nella misura in cui si reputa sufficiente l'"onere istruttorio in ambito procedimentale, nonché motivazionale in sede di provvedimento finale … rivelatore degli incombenti adempiuti … ai fini di rendere effettivo il confronto … da cui emergano in modo chiaro, alla luce delle emergenze istruttorie, le ragioni ultime della opzione operata … in applicazione del criterio-guida della più proficua utilizzazione del bene per finalità di pubblico interesse" si gioca sull'equivoco, confondendo il fine (ultimo) con il criterio (*rectius*, i criteri) che costituiscono il metro di valutazione della più o meno spiccata attitudine d'una ipotesi a realizzare lo scopo rispetto ad altre: in ogni caso, si trascura che, in difetto della preventiva la determinazione dei parametri del giudizio teso a stabilire quale, tra più domande, meglio realizzi l'obiettivo della "più proficua utilizzazione del bene per finalità di pubblico interesse", viene meno il presupposto sia della trasparenza del (l'intero) procedimento, risultando del tutto opaco, in realtà incognito, quale sia l'"onere istruttorio" della p.A., quali siano "le emergenze istruttorie" rilevanti e il relativo grado di rilevanza, quali siano gli "incombenti" che debbono essere "adempiuti"; sia dell'imparzialità della p.A., poiché l'"onere … motivazionale" non è vincolato *ab origine* a canoni che rendano oggettivamente controllabile che la motivazione non copra favoritismi e misurabile la concreta aderenza del sindacato al principio, bensì le "ragioni ultime" sono stabilite *a posteriori* lasciando libera la p.A. di individuarle dopo aver conosciuto delle domande entro spazi sconfinati di ingovernabile discrezionalità; sia, prima ancora, della *par condicio*, siccome un modello che contempla la pubblicazione, addirittura integrale per il Collegio, soltanto della domanda per prima presentata altera irrimediabilmente il rapporto competitivo, attribuendo un formidabile vantaggio a chi è posto nella condizione di presentare una domanda concorrente dopo aver

potuto esaminare quella altrui. In sintesi, a fronte di tale difetto, manca una *lex specialis* del procedimento conforme agli indicati principi.

In proposito, d'altro canto, Cons. Stato n. 7837/2020 pecca d'ingenuità là dove mostra di voler tentare di sminuire i due caratteri che connotano negativamente lo schema contemplato dagli artt. 36 s. cod. nav. e 18 reg. att. cod. nav.: il duplice difetto, cioè, "della segretezza delle offerte e" "della predeterminazione dei criteri valutativi". A questo riguardo, in linea generale si può osservare che la minimizzazione di tali difetti passa per un'inversione logica a cui il Collegio si affida, che è fatta palese là dove via via si assume che "l'applicabilità del principio della previa definizione dei criteri di valutazione delle offerte alla stessa materia, perché avente a oggetto beni demaniali economicamente contendibili[8], va valutata alla luce della norma speciale di cui all'art. 37 del Codice della navigazione, che non la prevede"; "la fissazione dei criteri in questo caso non assolverebbe alla sua funzione tipica di assicurare un confronto competitivo leale, perché verrebbe fatta quando le proposte di affidamento sono già state presentate"; "resta infatti del tutto oscuro come il procedimento di rilascio del titolo demaniale marittimo, una volta che se ne sia riconosciuta l'afferenza allo schema previsto dal Codice della navigazione, possa essere concretamente improntata alla integrale applicazione di tali principi". Invero, non è sul presupposto della mera esistenza d'una normativa speciale difforme da un principio generale di rilievo costituzionale che possa stabilirsi in quali limiti quest'ultimo si applica, ma, al contrario, è in base al secondo che va sindacata l'applicabilità della prima. Ancora, non è sul presupposto che la fissazione dei criteri di valutazione non assolve alla propria funzione nel quadro del modello procedimentale considerato che si possano avallare l'assenza della prima e il secondo che non la prevede, ma, al contrario, essendo la prima strumentale all'attuazione d'un principio costituzionale, è il rilievo della inattitudine a presidiare

[8] Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2013, n. 5.

quella funzione e quel principio ritenuta propria di quel modello che conduce a ripudiare quest'ultimo: con l'ulteriore difetto che non è neppure vero che la fissazione dei criteri non assolva alla funzione di assicurare un confronto competitivo leale se avvenga quando le proposte di affidamento siano già state presentate, poiché in tal caso a tutto concedere non assicura appieno, cioè al meglio la correttezza del confronto, ma argina il rischio che la competizione sia inficiata dalla slealtà dell'amministrazione di cui presidia l'imparzialità specie se la determinazione avvenga prima che le domande siano conosciute (in sede di avviso; o ricorrendo alla nota tecnica dei *chinese walls* ampiamente sperimentata, a esempio, come dispositivo di gestione dei conflitti di interessi; e così via); e poiché nulla di ciò è previsto dall'antica disciplina del procedimento convalidato, l'errore di prospettiva del precedente cela un ulteriore profilo sotto cui si conferma la ragione di ripudio, *i.e.* la radicale noncuranza per l'accennata imparzialità. Infine, non è "oscuro come il procedimento …, una volta che se ne sia riconosciuta l'afferenza al modello previsto dal Codice della navigazione, possa essere concretamente improntato alla integrale applicazione di tali principi" della segretezza delle offerte e della predeterminazione dei criteri valutativi, ma è oscuro come si possa concludere nel senso dell'applicabilità di quella disciplina e di quel modello nonostante si riconosca che non sono conformi a quei principi e, dunque, ai principi dell'azione amministrativa di rango costituzionale alla cui attuazione i primi sono strumentali.

Ciò introduce all'ultimo dei piani su cui la decisione si presta a un'analisi critica, a cagione della superficiale considerazione del dato positivo o, senz'altro, del disinteresse per esso. A quanto dianzi osservato in linea generale, si può aggiungere – in una prospettiva di maggior dettaglio – che nel quadro del procedimento in esame, secondo il regime che ne detta l'art. 18 reg. att. cod. nav., la pubblicazione (della sola domanda per prima ricevuta) appare eventuale (co. 1), oltre a prevedere nell'originario impianto che la p.A. (di tale domanda) confezioni un "estratto" e

"sunto" (co. 1 e 2). Il dato parrebbe dunque smentire il postulato secondo cui "[l]'evidenza pubblica … è assicurat[a] anche dal modello procedimentale previsto dagli artt. 37 Cod. nav. e 18 reg. att., … che … soddisfa gli obblighi di trasparenza, imparzialità, rispetto della *par condicio* e confronto concorrenziale, attraverso il meccanismo pubblicitario". Infatti, non solo, come si è già segnalato, nella misura in cui si esige a tal fine "un efficace ed effettivo meccanismo pubblicitario preventivo sulle concessioni in scadenza", si trascura che quel modello non sembra prevederlo; non solo si sorvola altresì sulla circostanza che quest'ultimo, contemplando la pubblicazione, addirittura integrale per il Collegio, soltanto della domanda per prima presentata altera irrimediabilmente il rapporto competitivo; ma addirittura neppure ci si avvede che la già limitata pubblicità (pubblicazione della sola domanda per prima ricevuta) appare addirittura solo eventuale, prevista solo "[q]uando si tratti di concessioni di particolare importanza per l'entità o per lo scopo" (art. 18 cit.) – tra l'altro senza alcun'altra indicazione orientativa, sì che la disciplina, anche a questo riguardo, non assicura una reale controllabilità dell'azione amministrativa, lasciando amplissimi spazi di libertà alla p.A. in cui la discrezionalità può trascendere nell'arbitrio –, ossia può mancare del tutto. Tutti elementi, questi, riflessi dal dato positivo che con essi lascia emergere, sembrerebbe limpidamente, l'affrancamento del ridetto modello dagli obblighi a cui Cons. Stato n. 7837/2020 si richiama, ma che ignora, al punto di accreditare un'inesistente conformità a essi della *lex specialis* del procedimento in discorso, quale esito che passa per l'obliterazione delle fonti legislative.

D'altra parte, si tratta di principi che esigono una piena e coordinata attuazione che fa difetto alla soluzione applicativa in esame. Se ne trae ulteriore conferma considerando che il Collegio si spinge ad avallare il modello in discorso e, in seno a esso, l'integrale pubblicazione della (sola) prima domanda non solo ignorando sia la *lex posita* nella parte in cui la configura eventuale, sia l'irrimediabile alterazione del rapporto competitivo che tale divulgazione comporta, ossia due elementi che

rivelano l'incompatibilità del detto procedimento con i principi "di trasparenza, imparzialità, rispetto della *par condicio* e confronto concorrenziale"; ma addirittura utilizzando l'argomento secondo cui "la pubblicazione *ex* art. 18 reg. att. dei meri elementi identificativi della domanda di concessione del bene (nome del richiedente; area richiesta in concessione; scopo), renderebbe impossibile la presentazione di osservazioni e opposizioni fondate sull'aspetto progettuale della futura concessione, con la conseguenza di ridurre a un mero simulacro la pubblicazione stessa". Non si tratta di osservare che la disposizione citata opera riferimento (anche) a un "estratto" e a un "sunto" della domanda, dunque a sintesi demandate alla p.A. che integrano atti distinti – sul piano sia oggettivo sia soggettivo – dalla domanda in sé, per desumere che siano quelli e non questa a dover essere pubblicati: tale approdo è precluso dalla testuale previsione de "la pubblicazione della domanda mediante affissione nell'albo del Comune ove è situato il bene richiesto"; inoltre, perché non può darsi accesso a un "procedimento ibrido" liberamente ideato dalla giurisprudenza (che non può farsi legislatore sostituendone le regole, specie se lo faccia omettendo di sollevare le pregiudiziali di costituzionalità e comunitaria[9]; e la cui debordante "creatività", non di rado fonte di incertezze, di canti esuberanti, disarmonici, fuori spartito, ha indotto la Consulta ad avviare un processo di riaccentramento davanti a sé del sindacato[10]); e poiché la pubblicazione per "estratto" o "sunto" della (sola prima) domanda attenuerebbe, ma non eliderebbe il *vulnus* ai ricordati principi. Si tratta piuttosto di rilevare che l'argomento in discorso è controproducente, poiché disvela che il modello procedimentale avallato ove non presidia la segretezza (anche della prima) delle domande è in attrito (pure) con il principio di irragionevolezza. Qui la sentenza in discorso non tiene conto della scansione delle

[9] Sul rapporto si segnala Corte cost., 14.12.2017, n. 259, che lo ha ricostruito ponendo in luce che non ostante il diritto dell'UE non toglie che il giudizio di costituzionalità abbia carattere prioritario, restando i giudici nazionali liberi di sottoporre alla CGUE la questione pregiudiziale comunitaria e di disapplicare la norma interna che abbia superato il sindacato di costituzionalità se risulti contraria al diritto comunitario. In proposito, cfr. Corte giust. UE, 11.09.2014, causa n. 112/13.

[10] In tema, a es., PITRUZZELLA [G.], *L'interpretazione conforme e i limiti alla discrezionalità del giudice nell'interpretazione della legge*, in *federalismi.it*, 2021, n. 3, 161 ss.

fasi del procedimento e non apprezza in relazione a esse il *quando* e il *quomodo* dell'attuazione dei diversi principi di cui non opera alcun bilanciamento: il modello spalleggiato è irragionevole perché rende egemone il principio della partecipazione al procedimento lasciando che in suo nome scolorino tutti gli altri sopra indicati; è tanto più tale perché trascura che nella fase della presentazione delle domande sono i secondi a dover prevalere, siccome il primo si può pienamente attuare successivamente; e l'irragionevolezza appare particolarmente evidente ove si consideri che quest'ultimo, entro il modello in questione, si attua limitatamente alla prima domanda, sicché li si conculca in nome del principio di partecipazione che, però, non è neppure esaurientemente realizzato.

L'argomento in esame, svalutativo – negli intendimenti – del requisito della segretezza, non giustifica dunque la conservazione, ma la ripulsa della procedura delineata dagli artt. 36 s. cod. nav. e 18 reg. att. cod. nav., così come l'ultimo affacciato dal Collegio, svalutativo – negli intendimenti – del requisito della predeterminazione dei criteri di valutazione delle domande concorrenti: ossia l'assunto che «se è vero che nulla impedisce di predeterminare i criteri di valutazione precedentemente alla presentazione delle domande, è parimenti vero che questi, calandosi in una fattispecie non "orientata", non possono risultare sufficienti alla reale valutazione delle proposte concorrenti, non potendo che essere, in tesi, del tutto astratti». Siffatto argomento, infatti, non solo non è decisivo, ma è intrinsecamente inidoneo. Non è decisivo poiché riguarda dichiaratamente soltanto le ipotesi in cui l'iniziativa privata non sia instradata dalla p.A., ossia condizionata da, e vincolata a predilezioni di quest'ultima in presenza delle quali si dà un'offerta al mercato in luogo d'una emancipata "domanda che perviene da" esso: riguarda cioè i soli casi in cui un'"avviso" manca del tutto oppure è sufficientemente generico da non imbrigliare l'immaginazione dei potenziali interessati al bene. È intrinsecamente inidoneo al fine di conservare la menzionata procedura poiché, se si ammette che è possibile "predeterminare i criteri di valutazione precedentemente alla presentazione delle

domande", la circostanza che la disciplina del procedimento non preveda che a ciò si provveda la fa apparire difforme dai principi "di trasparenza, imparzialità, rispetto della *par condicio* e confronto concorrenziale" e, quindi, impone di accantonarla. Tale conclusione non è avversata, bensì confortata dall'ulteriore considerazione con cui il Collegio sembra voler sminuire il ruolo dei detti criteri per minimizzare l'assenza d'una previsione che imponga la loro predeterminazione: ossia dall'idea che, in caso di definizione de «i criteri di valutazione precedentemente alla presentazione delle domande … questi, calandosi in una fattispecie non "orientata", non possono risultare sufficienti alla reale valutazione delle proposte concorrenti, non potendo che essere, in tesi, del tutto astratti». Di là del fatto che non è decisivo per l'anzidetta ragione, l'assunto, nella sua assolutezza, non convince per un'altra: così come non è sembrata corretta la tesi secondo cui un "avviso" della p.A. non comporterebbe (mai) l'esclusione de "l'ipotesi di una domanda che perviene dal mercato privato" contemplata dall'art. 37 cod. nav. e, quindi, dell'applicabilità del procedimento previsto dalla disposizione, poiché è parso che ciò dipenda dal contenuto dell'annuncio che può essere più o meno o per nulla costrittivo dell'iniziativa privata, anche il grado di (inevitabile) astrazione dei criteri di "valutazione delle proposte concorrenti" dipende dal grado di dettaglio dell'avviso; sicché non solo l'idea che possano darsi solo criteri "del tutto astratti" appare in sé inesatta siccome essi andrebbero comunque declinati "in concreto" avendo riguardo, per lo meno, alle specifiche caratteristiche del bene demaniale, ma, anche interpretando il riferimento impropriamente operato all'astrattezza dei criteri e ritenendo che con esso si sia inteso alludere alla loro vaghezza e genericità, l'estensione dell'una e dell'altra è inversamente proporzionale al dettaglio dell'avviso da cui dipende la misura in cui sono ineluttabili e, anzi, la postulata ineluttabilità di quelle, viceversa niente affatto inesorabile e invariabile. Ma, soprattutto, se anche fosse come ritiene il Collegio, la duplice constatazione che in seno al modello in esame, da un lato, è ben possibile "predeterminare i criteri di valutazione precedentemente alla presentazione delle

domande", ma la regolamentazione del procedimento non prevede che lo siano, e, dall'altro lato, quand'anche lo fossero, non potrebbero che essere "del tutto astratti", vaghi, generici, tanto da "non … risultare sufficienti alla reale valutazione delle proposte concorrenti", conduce ineluttabilmente alla conclusione che quel modello e la sua regolamentazione – non prevedendo, il che sarebbe già sufficiente, e addirittura neppure ammettendo la fissazione *ex ante* di idonei criteri di valutazione delle proposte concorrenti – sono incompatibili con i summenzionati principi e, quindi, debbono essere accantonati.

Dunque, il tentativo del Collegio di svalutare il ruolo dei detti criteri nel contesto del procedimento tratteggiato dagli artt. 36 s. cod. nav. e 18 reg. att. cod. nav. non soltanto resta incompiuto, poiché la risoluta assolutezza delle asserzioni in cui si consuma lascia il posto alla relatività di queste siccome riferibili tutt'al più ai soli casi di domande effettivamente "non orientate". Con esso ritorna altresì – e più in generale – la segnalata inversione logica per cui non si muove dai principi "di trasparenza, imparzialità, rispetto della *par condicio* e confronto concorrenziale" (o, se si preferisce, di buon andamento e di imparzialità dell'amministrazione e, così, di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza) per verificare la compatibilità con tali canoni dello schema procedimentale esaminato così come risultante dalla disciplina speciale dettatane dal legislatore, ma si asseconda quest'ultima, accampandone l'esistenza, il contenuto, gli effetti, la portata come se potessero segnare il limite oltre il quale gl'indicati precetti di rilievo costituzionale non penetrano l'attività amministrativa nonostante manifestino una natura neppure meramente direttiva, bensì propriamente regolativa.

3. Cons. Stato n. 7837/2020 avalla un procedimento previsto e normato da regole remote, anteriori sia alla Costituzione sia alla costruzione dell'ordinamento comunitario, con i cui principi ne va attentamente valutata la compatibilità che non sembra che sussista. Il sindacato di concordanza di quelle, della procedura che con-

templano con questi conduce a registrare l'intrinseca inidoneità del modello di risalente fonte legislativa a soddisfare entrambi i parametri per le ragioni già illustrate e per le altre di seguito indicate. Ma nel precedente il vaglio risulta approssimativo – come si è dianzi osservato – quanto al primo termine di raffronto e addirittura assente con riguardo al secondo, che non è eluso, ma ignorato: la direttiva n. 2006/123/CE, benché in termini siccome, almeno nell'interpretazione della CGUE, dispone sulle modalità dell'affidamento in concessione dei beni demaniali, non è neppure menzionata, né lo è nessun'altra disposizione dei Trattati o di diritto derivato. Una lacuna rilevante, atteso che l'antico di cui si perpetua l'applicazione appare espressione di un'ideologia superata del pubblico potere e del suo esercizio di matrice autoritaria: di ciò avverte la combinazione della previsione della (sola, spontanea) privata postulazione (tacendo dell'iniziativa pubblica) con l'assenza di norme d'azione relative allo stadio successivo alla fase d'istanza idonee a vincere l'opacità della valutazione discrezionale di quel che in concreto realizzi il fine "della più proficua utilizzazione del bene per finalità di pubblico interesse" avuto riguardo alla datità del fatto; cioè con l'enunciazione, a mo' di direttiva, soltanto d'uno scopo alquanto generico, senza indicare né, in alternativa, imporre alla p.A. d'indicare i precisi criteri realmente orientativi del giudizio di merito di selezione di chi e di che cosa sia atto a realizzare – nel caso di specie, avuto riguardo alla sua propria realtà fattuale, alle peculiari circostanze che lo connotano – l'esplicito, ma vago citato obiettivo lasciato privo di sostanziazione, tanto da risultare scontato se non banale, tosto superfluo e, parrebbe, inutile diversamente dagli accennati criteri la cui puntualizzazione, dunque, si rende necessaria all'oggettivazione della scelta o, almeno, a presidiarne l'effettiva controllabilità e conformità ai principi "di trasparenza, imparzialità, rispetto della *par condicio* e confronto concorrenziale". Una combinazione che si risolve in un accostamento funzionale a un esercizio del pubblico potere assai più libero e disinvolto di quanto poi ammesso sia dalla Costituzione non solo d'impronta repubblicana, ma anche di stampo democratico; sia dal diritto comuni-

tario che promuove l'assetto effettivamente concorrenziale del mercato neppure domestico, bensì comune.

A tale ultimo riguardo, le osservazioni dianzi svolte soprattutto nella prospettiva dell'incompatibilità degli artt. 36 s. cod. nav. e 18 reg. att. cod. nav., dunque del procedimento da essi previsto con i ricordati principi costituzionali giovano anche in quella della loro contrarietà pure all'ignorato diritto comunitario e, segnatamente, alla direttiva n. 2006/123/CE che è esplicita nel prevedere che, sia pure soltanto nelle ipotesi in cui 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 debbono adottare procedura di selezione dei 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" (art. 12, § 1); ribadisce che le "procedure e le formalità di autorizzazione devono essere chiare, rese pubbliche preventivamente e tali da garantire ai richiedenti che la loro domanda sarà trattata con obiettività e imparzialità" (art. 13, § 1); premette, in linea generale, che "il regime di autorizzazione non [deve essere] discriminatorio" (art. 9, § 1, lett. a), deve "basarsi su criteri che inquadrino l'esercizio del potere di valutazione da parte delle autorità competenti affinché tale potere non sia utilizzato in modo arbitrario" (art. 10, § 1) e che detti "criteri … devono essere: a) non discriminatori; ….. d) chiari e inequivocabili; e) oggettivi; f) resi pubblici preventivamente; g) trasparenti e accessibili" (art. 10, § 2). Questi sono i caratteri che debbono necessariamente connotare la procedura di assegnazione delle concessioni di beni demaniali che ricadano nel campo di applicazione della direttiva (*i.e.* abbiano a oggetto risorse naturali scarse) in cui, con la ricordata sentenza, la CGUE ha incluso il rilascio di quelle insistendo, per l'appunto, sull'obbligo degli Stati membri di prevedere per accordarle un procedimento "trasparente di gara", di "stabilire le regole della procedura di selezione dei candidati potenziali" "che deve

presentare tutte le garanzie di imparzialità e di trasparenza, in particolare un'adeguata pubblicità". Ma si tratta di caratteri che appaiono estranei sia al modello disegnato dagli artt. 36 s. cod. nav. e 18 reg. att. cod. nav. e, anzi, negati da codeste disposizioni; sia alla procedura avallata dal precedente in considerazione, casomai fosse da ritenere che ne consegna una diversa, risultante dalle manipolazioni del dato positivo, qui consistenti in addizioni dell'interprete che salvi lo schema di fonte legislativa innestandovi la pubblicazione di un "avviso", quale che sia e sebbene non sia contemplato dalle norme di azione.

Infatti, non si tratta solo di osservare che il giudice non può farsi legislatore; che è semmai riconoscibile soltanto alla Consulta un ruolo vicario in sede giurisdizionale, che si realizza attraverso taluni tipi di ponderate sentenze manipolative di accoglimento (ablative, ma soprattutto additive e sostitutive) isolate dalla prassi del Giudice delle leggi facendo leva sulla sua specifica funzione istituzionale; che analoga influenza di altri giudicanti risulterebbe eversiva ed è ora arginata dal già menzionato processo di riaccentramento avviato proprio dalla Corte costituzionale; che al giudice-interprete non è consentito di camuffare sotto le spoglie di una malintesa interpretazione un'attività propriamente legislativa con cui in realtà (ri)modella le norme plasmando arbitrariamente regole difformi dalle soluzioni normative divisate dal legislatore; che ciò non gli è consentito neppure in nome di un'altrettanto malintesa funzione di adeguamento della legislazione nazionale alla Costituzione o al diritto comunitario che non regoli direttamente il caso risultandogli direttamente applicabile, ossia che non detti la disciplina del caso contemplando una fattispecie compiutamente normata sul piano causale ed effettuale in cui esso rientri, bensì lasci margini di discrezionalità (di natura legislativa); che egli non può attuare immediatamente i "principi" – anche se regolativi e non meramente direttivi – costituzionali o comunitari forgiando una regolamentazione differente da quella riflessa dalla legislazione, dovendo invece avvalersi degli strumenti (la doppia pregiudiziale) che l'ordinamento gli mette a disposizione perché altri, rispetto a quelli

dell'applicazione casistica, diffusa, frammentata, disomogenea, sono i luoghi e i soggetti deputati alla valutazione di conformità delle scelte compiute dal legislatore con quei principi, la cui diretta applicabilità secondo la tesi che la promuove[11] presuppone che già non vi sia una disciplina posta in tesi difforme; che non gli è dunque consentito alterare il procedimento previsto dal legislatore aggiungendo incombenti autonomamente individuati. Tanto più quando l'adulterazione consista nell'introduzione di una originale norma di azione (qual è la preventiva pubblicazione di un "avviso") del tutto assente nella legislazione[12], ossia di un comando che il giudice-interprete autonomamente individua e arbitrariamente impone alla p.A. avocandosi il compito (non già di interpretare e applicare disposizioni dategli, bensì) di conformarne l'*agere* introducendo innovativi precetti liberamente pensati al di là delle prerogative proprie della giurisdizione: ciò con cui egli assoggetta a sé la p.A. e svilisce, umiliandolo, il ruolo del legislatore e della disciplina del procedimento, che non è affatto disponibile, bensì centrale e vincolante per il giudicante, posto che "l'ordinamento giuridico regolamenta l'azione amministrativa sul piano procedurale prima ancora che su quello sostanziale" articolando "[i]l procedimento di adozione dell'atto amministrativo … in una serie di fasi, oggetto di regole comportamentali … formalizzate, che mirano a garantire il costante allineamento del processo decisionale al paradigma normativo" stabilito dal legislatore[13].

Si può in aggiunta osservare che tanto il modello disegnato dagli artt. 36 s. cod. nav. e 18 reg. att. cod. nav. quanto la procedura casomai diversa che si dovesse ritenere consegnata dal precedente in esame in ragione del rilievo in esso attribuito

[11] Sulla *Drittwirkung*, ad es., v. ALPA [G.], *Tradition and Europeanization in Italian Law*, London, 2005, 59, 62 ss. e *passim*.

[12] Sul limite all'*agere* della p.A. derivante dal dovere di attenersi alla disciplina procedimentale specificamente prevista per la fattispecie a cui si riporti il caso concreto (qui l'art. 37 cod. nav.), cfr. RENNA [M.], *Beni pubblici*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. CASSESE, Giuffrè, 2006, 714 ss.

[13] V. NAPOLITANO [G.], *Le leggi sul procedimento amministrativo. Appunti per un'analisi comparata*, in Liber amicorum *Luigi Moccia*, Roma, 2021, 611 ss. e, ivi, 611.

alla pubblicazione di un "avviso" da parte della p.A., sono comunque discordanti dalla direttiva n. 2006/123/CE. La pronuncia, infatti, svaluta i requisiti della segretezza (che non è presidiata anche per la prima) delle domande e della predeterminazione dei criteri di valutazione delle richieste concorrenti, il che rileva al di là del fatto che si è dianzi anticipato che gli argomenti al riguardo affacciati dal Collegio non colgono nel segno: rileva che risulta avallato un procedimento contraddistinto dall'assenza di ambedue i requisiti; e che la mancanza di tali attributi implica che, in difformità della citata direttiva, il procedimento non "present[a] garanzie di imparzialità e di trasparenza" e non "preved[e], in particolare, un' adeguata pubblicità dell' avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento" (art. 12, § 1), le "procedure e le formalità di autorizzazione" non sono "rese pubbliche preventivamente e tali da garantire ai richiedenti che la loro domanda sarà trattata con obiettività e imparzialità" (art. 13, § 1), "il regime di autorizzazione" non è "non … discriminatorio" (art. 9, § 1, lett. a) e non si "bas[a] su criteri che inquadrino l' esercizio del potere di valutazione … affinché non sia utilizzato in modo arbitrario" (art. 10, § 1) e che siano "non discriminatori ….. chiari e inequivocabili … oggettivi … resi pubblici preventivamente … trasparenti e accessibili" (art. 10, § 2).

La duplice carenza si traduce in difetti del procedimento che ne determinano la contrarietà, sotto plurimi profili, alla detta direttiva resi vieppiù evidenti dalla *ratio* del diritto comunitario di assicurare un confronto competitivo effettivamente concorrenziale in un quadro di imparzialità dell'amministrazione. Né si tratta di difetti a cui rimedi il tentativo manipolatorio consumato da Cons. Stato n. 7837/2020. La prevista pubblicazione della prima domanda, ma non delle altre, quand'anche non rispondano a un'iniziativa privata, ma tutte a un'iniziativa pubblica, rende particolarmente evidente la disparità di trattamento; mette direttamente in gioco le citate regole contenute nella direttiva n. 2006/123/CE, oltre che quelle costituzionali sull'azione amministrativa, che non sono meri principi direttivi; interferisce negativamente con la libertà di iniziativa economica, determinando disparità. D'altro can-

to, non è un avviso della p.A. quale che sia che rimedia: anche trascurando ch'esso non è contemplato dal legislatore e non può introdursi in via giurisprudenziale una norma d'azione che lo preveda, dovrebbe pur sempre trattarsi di un "avviso" che fosse l'avvio d'una procedura conforme alla direttiva. Ma, per l'appunto, manca del tutto (la previsione legislativa dell'avviso e, a maggior ragione,) una disciplina del contenuto dell'atto che garantisca alla procedura i ricordati caratteri prescritti dal legislatore comunitario; neppure il precedente si spinge così in là nel travalicare i limiti della giurisdizione fino al punto di tipizzare il contenuto dell'avviso; non manca una regolamentazione del procedimento, perché ne esiste una di legge speciale, ma è difforme dalla direttiva non attuandone i dettami che, con la CGUE, impongono agli Stati membri di prevedere un procedimento "trasparente di gara", di "stabilire le regole della procedura di selezione dei candidati potenziali" "che deve presentare tutte le garanzie di imparzialità e di trasparenza, in particolare un'adeguata pubblicità".

Tanto più che, anche ponendosi nella prospettiva dello schema tracciato dagli artt. 36 s. cod. nav. e 18 reg. att. cod. nav., la domanda non vincola la p.A. a cui non impone la concessione, né quanto al bene, né quanto alla durata, né quanto all'uso. La domanda in sé ha la funzione di stimolare la valutazione discrezionale della p.A. in ordine alla destinazione del bene; e, astrattamente, una volta che la p.A. si sia determinata a concedere il bene, persino se in conformità della domanda quanto a durata e uso, non è affatto inconcepibile l'avvio di una procedura aperta ad evidenza pubblica caratterizzata in conformità della direttiva. Ma, nuovamente, ciò non è previsto.

Data la direttiva e l'attrazione al suo campo applicativo di alcune ipotesi di concessione in cui si "attribuisce a terzi, col loro consenso, il godimento di utilità relative a beni pubblici (demaniali o patrimoniali indisponibili)"[14], le norme con cui la

[14] T.a.r. Molise, Sez. I, 7.1.2019, n. 11.

prima definisce i caratteri essenziali che debbono connotare la procedura di selezione degli interessati rappresentano un paradigma con cui il menzionato schema si pone in rapporto di contrarietà. Le regole speciali concernenti l'affidamento in concessione di beni del demanio marittimo non contemplano neppure l'avviso e, in generale, una procedura avviata su iniziativa dell'ente pubblico concedente: ma anche se tale deficienza fosse superabile, pure cioè ammettendo che la p.A. possa così incedere e, in particolare, possa dar corso all'atipico *iter* immaginato da Cons. Stato n. 7837/2020 lasciando imprecisata quale sia la norma d'azione legittimante che lo prevede, il procedimento comunque presenterebbe l'indicata duplice carenza che nega i caratteri pretesi dal legislatore comunitario. Sicché, se "la disciplina legislativa del procedimento amministrativo ··· serve a scandire logicamente il processo decisionale dell'amministrazione in vista dell'emanazione del provvedimento finale ··· è diretta alla garanzia dei privati … serve a indurre la conformazione dell'azione amministrativa alle preferenze degli organi elettivi e dei cittadini[15], appare manifesto che qui fa difetto una disciplina legislativa del procedimento amministrativo che scandisca il processo decisionale della p.A. concedente in aderenza alla direttiva, alle garanzie e, in genere, ai caratteri che per quest'ultima la procedura deve rispettivamente offrire e presentare: una regolamentazione del procedimento da seguire per quell'affidamento non manca affatto, essendosi la discrezionalità legislativa espressa in regole di legge speciale (gli artt. 36 s. cod. nav. e 18 reg. att. cod. nav.) che impongono una ben delineata procedura; ciò che manca è unicamente la conformità delle une e, dunque, dell'altra alla direttiva n. 2006/123/CE.

4. Tale fonte, se costituisce parametro rispetto al quale si può constatare la difformità dal diritto comunitario di quelle regole e di quella procedura così come, rispettivamente, date e normata dal legislatore domestico, non offre per contro alcuno specifico modello a cui si possa attingere per riparare in sede (propriamente)

[15] V. NAPOLITANO [G.], *op.cit.*, 617.

interpretativa e, poi, applicativa al difetto di conformità. La direttiva al riguardo esprime una normativa di principio di portata generale che definisce (solo) i caratteri essenziali del procedimento; non contiene alcuna disposizione che di essi costituisca declinazione, che indichi come la procedura debba articolarsi in concreto, di quali strumenti, tecniche, modalità, termini ci si debba servire per attuare i "principi" di imparzialità, trasparenza, (adeguata) pubblicità preventiva, non discriminazione, non arbitrarietà, chiarezza, inequivocabilità, accessibilità da cui risultano i corrispondenti caratteri assegnati al procedimento di selezione; non detta punto regole (tanto meno sufficientemente precise) di configurazione dell'*iter* in questione, la quale è interamente rimessa alla discrezionalità degli Stati membri. Conseguentemente, non è dato ricavare dalla direttiva uno schema di procedimento per l'affidamento in concessione di beni del demanio marittimo che possa ritenersi alternativo a, e dunque astrattamente sostitutivo di quello indicato gli artt. 36 s. cod. nav. e 18 reg. att. cod. nav.; né indicazioni per ricostruire una procedura ibrida, facendo soltanto cadere alcune parti del secondo oppure innestando, sul secondo, elementi tratti dal primo semplicemente integrandolo o elidendone frammenti e sostituendoli, di modo che all'esito dell'uno o dell'altro intervento risulti una disciplina del procedimento conforme al diritto comunitario.

Quest'ultima opzione, che genera chimere, è senz'altro preclusa se l'invenzione di una procedura ibrida non si realizzi attraverso (la mera caducazione di porzioni della disciplina interna perché incompatibili con frammenti del diritto comunitario direttamente applicabili o mediante) innesti – consistenti in integrazioni o sostituzioni – entro la normativa domestica di specifici spezzoni attinti da fonti comunitarie d'immediata applicazione. Se così non avviene, come nel caso che qui occupa, la surrogazione del giudice al legislatore emerge con più evidenza, poiché il primo dà attuazione a canoni indeterminati del diritto comunitario che il *jus conditum* municipale lascia insoddisfatti e gliela dà proprio su tale presupposto, così confezionando *ex novo* regole interne nell'uno e nell'altro inesistenti e, dunque, aper-

tamente sostituendosi nella scelta discrezionale propriamente legislativa delle prescrizioni con cui si compie la trasposizione del diritto comunitario negli ordinamenti degli Stati membri riservata ai legislatori nazionali. D'altro canto, persino se l'invenzione si realizzi con le indicate modalità essa appare una forzatura della giurisdizione che merita disapprovazione e ripudio, poiché la direttiva o è *self executing* e, allora, se ne applica direttamente e integralmente la disciplina in luogo di quella domestica che risulti incompatibile; oppure non lo è e, allora, occorre un intervento legislativo. Il giudice non può ideare, costruire a piacere una (fantasiosa disciplina della) procedura innovativa rispetto a quella disegnata dal diritto tanto comunitario quanto interno, assemblandola attingendo pezzi dall'uno e dall'altro, selezionandoli a proprio libito. Egli deve casomai passare per una pregiudiziale comunitaria o di costituzionalità – che altri è deputato a decidere, tra l'altro uniformemente – per far recedere la normativa nazionale ritenuta contraria a regole europee che non siano direttamente applicabili o che, comunque, non riflettano una regolamentazione sufficientemente precisa e compiuta da costituire un'alternativa capace di sostituirsi a quella interna senza lasciare vuoti; che mettono per ciò in gioco non già il *jus dicere*, ma il *jus facere*, la posizione del diritto, la discrezionalità non già interpretativa, ma legislativa, secondo una distinzione di cui non va assecondato il crepuscolo[16]; delle quali si può, a tutto concedere, prospettare un'applicazione giurisprudenziale finché siano impiegate per far cadere segmenti del diritto municipale la cui disapplicazione[17] non privi la fattispecie di disciplina, bensì gliela conservi (sot-

[16] Cfr. PULITANÒ [D.], *Tra* jus facere *e* jus dicere, in *Criminalia*, 2016, 205 ss. Sulla distinzione, v. pure, tra gli altri, CASTRONOVO [C.], *L'aporia tra* ius dicere *e* ius facere, in *Jus civile*, 2016, 421 ss.

[17] Sui profili generali della disapplicazione di una legge v. ITALIA, *La disapplicazione delle leggi*, Milano, 2012, che segnala che si tratta di un istituto problematico (perché "[v]i sono oggi principi e leggi che non sono disapplicabili, o che sono disapplicabili solo parzialmente e vi sono anche principi e leggi che non sono applicabili o lo sono solo parzialmente: *ivi*, 31); e istituisce la distinzione tra disapplicazione in senso relativo e in senso assoluto [ripresa, a es., da VANNUCCI [A.], *Disapplicazione e diritto comunitario. La flessibilità come unica via per garantire coerenza all'ordinamento in una prospettiva sempre più integrata*, in.*federalismi.it*, 2011, n. 17, 7.9.2011, e, in giurisprudenza, da T.a.r. Puglia, Lecce, Sez. I, 15.01.2021, n. 72: la disapplicazione in senso assoluto costituirebbe violazione di legge inammissibile, preclusa tanto alla p.A. quanto al giudice,

to il profilo sia causale sia effettuale) seppur amputata; l'uso delle quali per introdurre costruzioni normative originali, invece, ne implica un'applicazione che ne comporta l'attuazione mediante l'innesto nell'ordinamento domestico di canoni tutt'affatto nuovi che ne costituiscono declinazioni liberamente concepite, che non sono tratti in via interpretativa da disposizioni già formulate, l'invenzione dei quali dunque eccede il potere giurisdizionale integrando creazione discrezionale di prescrizioni riservata al legislatore a cui (realisticamente) possono al più concorrere le (sole) corti istituzionalmente deputate a decidere le accennate pregiudiziali.

Quell'opzione – che, per quanto si è osservato, corrisponde a un intervento giustiziale che investe la legislazione, anziché il caso, e che risulta esorbitante i limiti della giurisdizione, lesivo delle prerogative del legislatore, ma anche degli organi di garanzia multilivello investiti del compito di sindacarne le leggi, e in questo senso eversivo – appare inappropriata e preclusa anche per due ulteriori ragioni. Se la si segue, si approda al risultato che, mancando un modello di riferimento predisposto dal legislatore, non è dato sapere *a priori* quale sia il procedimento da seguire; che quale fosse la procedura da seguire è (creativamente) stabilito dalla giurisprudenza *a posteriori*; e, dunque, di recare un inammissibile *vulnus* alla certezza del diritto[18], per cui ricorre un invalicabile limite alla disapplicazione del diritto interno in tesi in-

---

mentre quella in senso relativo, implicante non applicazione di una norma (interna) per applicarne un'altra (comunitaria), si risolverebbe in una tecnica di soluzione d'una antinomia secondo un criterio di prevalenza di una fonte rispetto a un'altra; la distinzione tra disapplicazione e non applicazione compare, inspiegata, anche in T.a.r. Toscana, 8.3.2021, n. 363]. La giurisprudenza comunitaria riferisce la disapplicazione (per far prevalere il diritto UE) anche al giudicato (interno) che abbia fatto applicazione d'una norma nazionale incompatibile con il diritto comunitario: v., a es., Corte giust. CE, 18.07.2007, causa n. 119/05; e cfr. almeno BIAVATI [P.], *Disapplicazione del giudicato interno per effetto del diritto dell'Unione europea?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 1567 ss., e GLENDI [C.], *Limiti del giudicato e Corte di giustizia europea*, in *Corr. trib.*, 2010, 325 ss.

[18] La disapplicazione non va esente da limiti (riassuntivamente v., a es., ARENA, *Sul carattere "assoluto" del primato del diritto dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, 317 ss.) tra cui si annovera il principio della certezza del diritto, che la prima non deve pregiudicare: cfr. BEUKERS [T.], *Case C-409/06, Winner Wetten GmbH v. Bürgermeisterin der Stadt Bergheim, Judgment of the Court (Grand Cham- ber) of 8 September 2010*, in *Common Market L. Rev.*, 2011, 1985 ss., e LOCK [T.], *Are there exceptions to a Member State's duty to comply with the requirements of a Directive?:* Inter-Environnement Wallonie, *ivi*, 2013, 217 ss.; Corte giust. UE, 8.09.2010, causa n. 409/06; e Corte giust. UE, 28.02.2012, causa n. 41/11.

compatibile con il diritto dell'UE[19]. La seconda aggiuntiva ragione sta in ciò che lo Stato, in quanto membro dell'UE e soggetto al TFUE, ha l'obbligo di assicurare l'applicazione uniforme d'una direttiva comunitaria che non è punto assistita da una costruzione isolata a cui provveda *ex post* e di volta in volta il singolo giudicante.

Per analoghe ragioni, un procedimento ibrido liberamente ideato dalla giurisprudenza non può trovare accesso neppure facendo leva (anziché sulla direttiva) sui principi generali del diritto comunitario. A essi non può non volgersi lo sguardo, siccome si tratta di canoni che, in astratto e in linea generale, possono talora trovare applicazione diretta siano espressi direttamente dai Trattati o da sentenze interpretative della Corte di giustizia[20]; con più specifico riguardo al tema in esame, trova a es. diretta applicazione – e comporta la disapplicazione degli atti amministrativi con esso in contrasto – il principio di non discriminazione nel mercato comune dei servizi prestati utilizzando beni demaniali e, in questo senso, nel settore delle relative concessioni[21]; ai fini che qui occupano, possono più precisamente assumere rilievo gli artt. 49 (che contempla la libertà di stabilimento presidiandola con il divieto di restrizioni), 56 (che prevede la libertà di prestazione dei servizi assistendo anch'essa con analogo veto) e 106 (che interseca la *State action doctrine* ed è costrittivo delle limitazioni concorrenziali a servizio di "imprese" pubbliche o a cui si riconoscano diritti speciali o esclusivi o incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale) TFUE, come ricorda la citata Corte giust. UE, 14.7.2016, sebbene la giurisprudenza municipale evochi per lo più i primi due soltanto e vi riporti, confusamente e alla rinfusa, i "principi eurounitari in materia di libera circolazione dei servizi, di *par condicio*, di imparzialità e di trasparenza"[22] salvo poi, inspiegabilmente e incongruamente, concludere che può farsi a meno della predeterminazione dei criteri di valutazione delle richieste concorrenti per-

[19] Disapplicazione che, per l'appunto, non può avere luogo quando pregiudichi quella certezza: cfr. a es. Corte giust. UE, 8.9.2010, causa n. 409/06.
[20] Cfr., a es., Corte cost., 23.4.1985, n. 113, e Corte cost., 11.7.1989, n. 389.
[21] V. Corte giust. UE, 29.4.1999, causa n. 224/97.
[22] Esemplare, in tal senso, T.a.r. Toscana, 8.3.2021, n. 363, cit.

ché "l'art. 37 del Codice della navigazione … non la prevede"[23].

Si tratta di canoni che protestano, dunque, considerazione e che la meritano in una duplice prospettiva, perché la loro (immediata) applicazione rappresenta un'alternativa che tiene luogo a quella della menzionata direttiva sia qualora si reputi quest'ultima priva dei requisiti da cui dipende la sua efficacia diretta nell'ordinamento interno; sia nei casi estranei a quest'ultima fonte che, anche ad ammettere che sia *self-executing*, non riguarda le concessioni dei beni pubblici tutti, ma le sole ipotesi in cui il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili (art. 12, § 1), sicché al di fuori di tali eventualità la disciplina nazionale del rilascio delle citate concessioni non si confronta con l'indicata direttiva, ma semmai con i principi generali del diritto comunitario.

Essi, però, sono soltanto parametri per accertare la difformità dal diritto comunitario del(le disposizioni nazionali che delineano il) procedimento per la concessione di beni del demanio marittimo, siccome in generale non si riferiscono ad alcuna peculiare fattispecie e, nello specifico, non offrono alcun particolare prototipo a cui attingere; non profilano un *iter* alternativo; non forniscono indicazioni per ricostruire una procedura ibrida, che il giudice non può ideare richiamandoli poiché deve arrestarsi al *jus dicere* senza cedere alla tentazione di passare al *jus facere* riservato al legislatore.

---

[23] Così si esprimono sia Cons. Stato n. 7837/2020 sia Cons. Stato n. 688/2017, che richiamano Cons. Stato, Ad. plen., 25.02.2013, n. 5, che tuttavia non è in termini: non solo perché riguarda la diversa fattispecie dell'assegnazione di spazi di suolo pubblico per l'installazione degli impianti privati di affissione commerciale e perché non si riferisce al procedimento previsto dall'art. 37 cod. nav. per la concessione di beni del demanio marittimo, ma soprattutto perché non veicola affatto l'idea che una procedura a evidenza pubblica possa svolgersi senza la preventiva fissazione dei criteri di selezione; sicché, nei citati precedenti che contengono il richiamo, esso è impertinente e il rilievo che quest'ultima non sia contemplata dalle regole speciali sul procedimento per la concessione di beni del demanio marittimo avrebbe dovuto condurre non già ad avallare l'osservato difetto perché così il legislatore domestico ha previsto, bensì a registrare la contrarietà di quelle al diritto comunitario, ossia l'inesistenza d'una disciplina nazionale della procedura conforme alla direttiva n. 2006/123/CE, idonea cioè ad assicurarne l'applicazione, e così a escludere la diretta applicabilità della direttiva medesima.

Se siano immediatamente applicabili, anche i principi generali del diritto comunitario, per un verso, ammettono l'interprete a servirsene per far cadere parti della disciplina nazionale perché incompatibili e sempre che, all'esito della caducazione, residui una disciplina compiuta conforme al diritto comunitario, ossia la manipolazione della normativa interna non lasci vuoti. E, per altro verso, per l'indeterminatezza che li contraddistingue sul piano delle fattispecie, non esprimono una regolamentazione sufficientemente precisa e compiuta da costituire un'alternativa capace di sostituirsi a quella interna senza lasciare vuoti, così che non permettono di attingere specifici frammenti da innestare su quella disciplina per consegnare un modello normativo (qui un procedimento) ibrido. Dunque, persino ad ammettere – diversamente da quel che è parso – che, entro tale limite, nell'ipotesi cioè di trapianto di spezzoni di diritto comunitario, si resti all'interno dell'interpretazione, anziché cogliervi un estro che la oltrepassa e di cui inammissibilmente s'incarica l'interprete, i principi non generano incroci: possono servire alla caducazione (di parti del regolamento domestico del procedimento) sempre che ricorra l'indicata condizione; ma, per la loro indeterminatezza, non permettono la costruzione mediante addizione d'una disciplina diversa da quella nazionale così come posta.

5. Non la permettono (così come non la consentono le direttive, se la fonte non sia "incondizionata e sufficientemente precisa"[24]) poiché il risultato è un meticciamento che si risolve in un'ideazione della giurisprudenza, contro la cui creatività (o l'indulgenza verso di essa di parte della scienza giuridica) sono state scritte poderose pagine[25], siccome pone a repentaglio l'idea stessa di ordinamento minandone

[24] Sui requisiti dell'applicazione diretta (verticale) delle direttive e, in particolare, sul duplice presupposto che le norme di quella siano incondizionate e precise, per tutti v. già ALPA [G.], *L'arte di giudicare*, Roma-Bari, 1996, 53 ss. Per un quadro della dottrina si può muovere da v. MORLOTTI [L.], *Direttive della comunità europea: condizioni per una loro diretta applicazione all'interno del nostro ordinamento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, 352 ss. e, ivi, 355 s.
[25] V. FERRAJOLI [L.], *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, 2016, f. 4, 13 ss.

le fondamenta. Se i giudici non possono dissolversi[26] in *des êtres inanimés*, non si può neppure irridersene l'immagine di *bouche qui prononce les paroles de la loi*[27] fino al punto di accondiscendere a che si facciano legislatori formulando arbitrariamente regole nuove fiammanti; altrimenti sconosciute all'ordinamento, inespresse e inconoscibili attingendo direttamente al dato positivo; delle quali sono essi stessi matrice normativa, restando irriconoscibile una reale fonte legislativa di quelle. E, tanto meno, la deriva costruttivistica pare potersi giustificare facendo leva sull'applicazione diretta dei principi del diritto comunitario (ma neppure di quelli costituzionali[28]) se si assume a riferimento il quadro composto dalla Carta fondamentale poiché, con tratto eversivo, si oblitererebbe il dovere di fare piuttosto applicazione della norma interposta che vi compare[29].

Non si tratta, dunque, di richiamare una datata concezione rigorosamente formale della separazione dei poteri[30]; o di indulgere alla cronicizzazione del kelsenismo[31]; o di sostenere che l'applicazione del diritto sia pura sussunzione avalutati-

[26] Nonostante il suggestivo e preoccupato auspicio di MONTESQUIEU [C.L.], *De l'esprit des lois*, Genève, 1748, l. XI, ch. VI.

[27] V., in proposito, il severo riferimento a "zelanti o incolti novatori" di IRTI [N.], *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, VII.

[28] Cfr. GUASTINI [R.], *Principi costituzionali: identificazione, interpretazione, ponderazione, concretizzazione*, nei *Dialoghi con Guido Alpa*, a cura di G. CONTE, A. FUSARO, A. SOMMA e V. ZENO-ZENCOVICH, Roma, 2018, 313 ss.

[29] Cfr. ancora di recente, sia pure con riguardo ai trattati internazionali sui diritti umani e, in generale, al diritto internazionale pattizio, Corte cost., 8.4.2021, n. 62, che rammenta il medio vincolante – nella specie l'art. 117, co. 1, Cost. – e l'inderogabilità delle "scansioni" enucleate con le proprie sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, potendo altrimenti essere utilizzati soltanto quali strumenti interpretativi in conformità delle sentenze n. 102 del 2020 e n. 120 del 2018.

[30] Sui cui limiti, cfr., a es., BARBERIS [M.], *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in *Analisi e diritto*, a cura di P. COMANDUCCI e R. GUASTINI, Torino, 2004, 1 ss.

[31] "[U]na malattia che ogni giovane giurista attraversa" per BETTI [E.], *Notazioni autobiografiche*, Padova, 1953, 19, anche in *Emilio Betti. Notazioni autobiografiche*, a cura di M. ELOISA, Padova, 2014, del quale segnala la guarigione o l'immunità, ossia il netto allontanamento da Kelsen, RICCOBONO [F.], *Emilio Betti e la "malattia kelseniana"*, ne *L'ermeneutica giuridica di Emilio Betti*, a cura di V. FROSINI e F. RICCOBONO, Milano, 1994, 159 ss., grazie, secondo PETRILLO [F.], *Metodo giuridico e metodo ermeneutico. Dall'interpretazione del diritto civile agli altri campi del sapere*, in *Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione: Emilio Betti (1890-1968)*, a cura di A. BANFI, M. BRUTTI ed E. STOLFI, Roma, 2020, 217 ss. e, ivi, 222, a dottrine

va[32]. Si tratta, piuttosto, di irreggimentare la giurisprudenza entro il confine proprio della sua funzione affinché non ne tracimi e, oltre tutto, non straripi con un profluvio di estrosi indirizzi neanche spersonalizzati, né riconducibili a meditate dottrine[33], secondo una tendenza che non può schermirsi neppure con la scusa della complessità degli ordinamenti contemporanei[34]; e che alimenta il gius-scetticismo[35] o, senz'altro, concorre alla radicale negazione stessa del diritto o, almeno, della "calcolabilità giuridica" che, seguendo l'indirizzo weberiano, appare coessenziale al capitalismo[36].

Un confine che, da qualche tempo, sembra talvolta sfuggire alla giurisprudenza (o a cui essa pare voler sfuggire), talora frettolosa e di scarso pregio sul piano linguistico, concettuale e logico-motivazionale, almeno. A quella dianzi rammentata sul tema che qui occupa, sfugge così che, dinanzi ai contrasti tra il diritto comunitario e quello domestico, vi sono casi in cui il giudice nazionale, persino secondo gli orientamenti della Corte di giustizia, deve arrestarsi a constatare il conflitto e, casomai, se il diritto nazionale glielo consente, provvedere a dichiarare che lo Stato membro non ha correttamente recepito il diritto comunitario (nella specie una direttiva) ed è tenuto a rimediarvi[37]. Le sfugge cioè, tra l'altro, l'intrinseca diversità della direttiva dal regolamento UE e la correlativa eccezionalità della diretta applicabilità della prima negli ordinamenti degli Stati membri siccome, per i Trattati, in principio abbisogna d'un atto legislativo nazionale che la recepisca, salvo che sia

ottocentesche che gli permisero di "superare l'ostacolo dell'antinomia tra dommatica, storia e valore e quindi di non essere contagiato dalla «malattia kelseniana»".

[32] Sul circolo ermeneutico, cfr. già BETTI [E.], *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, estratto della Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche, Milano, 1948, 35.

[33] Cfr. NOONAN [J.T. jr.], *Persons and Masks of the Law: Cardozo, Holmes, Jefferson, and Wythe as Makers of the Masks*, New York, 1976.

[34] Cfr. CASTRONOVO [C.], *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.

[35] V. ad es. FRANK [J.], *Law and the Modern Mind*, N.Y., 1949.

[36] Cfr. IRTI [N.], *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 11 ss.

[37] V. Corte giust. UE, 17.3.2021, causa n. 64/20.

"incondizionata e sufficientemente precisa"[38], idonea a porre la disciplina della fattispecie concreta[39] o, in altre parole, capace – come si è accennato – di sostituirsi a quella interna senza lasciare vuoti.

Sono canoni niente affatto ignoti, neppure alla giurisprudenza amministrativa più meditata[40], rispetto ai quali nulla può dire l'ulteriore, ormai altrettanto noto principio secondo cui tutte le articolazioni dello Stato membro, dunque anche i giudici e gli apparati amministrativi, debbono concorrere all'attuazione del diritto comunitario, casomai ricorrendo alla disapplicazione delle norme nazionali incompatibili[41] se ne sussistano le condizioni. Quest'ultima, infatti, ha per presupposto l'esistenza di regole comunitarie direttamente applicabili[42] e ha la funzione di rimuovere un contrasto tra regole nazionali e diritto comunitario affinché, all'esito della disapplicazione, residui una regolamentazione sufficientemente precisa e compiuta della fattispecie conforme al diritto comunitario: altrimenti, tenuto altresì conto del limite costituito dalla certezza del diritto[43], la tecnica non consegue l'obiettivo al cui raggiungimento è strumentale ed è preclusa. La lacuna che l'applicazione diretta del canone comunitario, facendo cadere norme interne, eventualmente determini o, se si preferisce, che sia determinata dalla disapplicazione delle seconde siccome in contrasto con il primo, non può essere colmata dal giudicante liberamente confezionando prescrizioni specifiche di dettaglio estranee tanto al diritto comunitario quando al diritto nazionale, facendole riposare sull'assunto

[38] Cfr., tra le molte, Corte giust. CEE, 24.3.1987, causa n. 286/85; Corte giust. CEE, 19.1.1982, causa n. 8/81; Corte cost., 18.4.1991, n. 168; Corte cost., 02.02.1990, n. 64; Corte Cost., 18.04.1991, n. 168.
[39] Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 5.3.2018, n. 1342, e Cons. Stato, Sez. VI, 18.11.2019, n. 7874.
[40] Cfr. già Cons. Stato, Sez. VI, 24.1.1989, n. 30.
[41] Cfr., a es. Cons. Stato, Sez. VI, 23.5.2006, n. 3072, ma prima Corte giust. CE, 22.6.1989, causa n. 103/88, nonché, sui controlimiti Corte cost., 21.4.1989, n. 232; v. pure Corte giust. UE, 24.5.2012, causa n. 97/11.
[42] Nella specie decisa da Cons. Stato, Sez. VI, 23.5.2006, n. 3072, trovavano fonte in un regolamento comunitario; in quella esaminata da Corte giust. UE, 24.5.2012, causa n. 97/11, erano contenute in una direttiva, ma satisfattiva delle condizioni necessarie per produrre immediatamente i suoi effetti negli ordinamenti degli Stati membri.
[43] Cfr., a es., Corte giust. UE, 8.9.2010, causa n. 409/06.

che possano trarsi da regole generiche a proprio libito declinandole, desumendone specificazioni in realtà creativamente ideate: la lacuna, il vuoto che si registri è preclusivo di quell'applicazione diretta e della correlata disapplicazione.

L'accennata riuscita dell'attuazione del diritto comunitario – come si è già osservato – può astrattamente realizzarsi semplicemente lasciando cadere parti della disciplina domestica incompatibili con esso oppure, in alternativa o in aggiunta, integrandola con elementi tratti da quello per accordarla a esso, sia aggiungendoli alla prima sia sostituendoli a segmenti che la compongano: ma occorre poi distinguere a seconda dello specifico termine con cui la si raffronti, che incide sull'accessibilità in concreto all'una o all'altra pratica. In caso di contrasto con i principi generali del diritto comunitario, stante l'indeterminatezza che li contraddistingue, si rende percorribile soltanto la strada della caducazione delle regole interne che con essi collidano; e purché non lasci vuoti normativi, ossia solo se la disapplicazione di tali regole non soltanto rimuova l'antitesi a favore del diritto comunitario, ma conservi alla fattispecie una compiuta disciplina a esso conforme. La manipolazione del diritto interno mediante la sua integrazione è, invece, un itinerario agibile s'esso confligga con una direttiva direttamente applicabile, ossia in tesi "incondizionata e sufficientemente precisa", perché capace allora di dettare un'esauriente disciplina sostitutiva di quella interna o, almeno, non solo di imporre caducazioni di parti di quest'ultima contrarie al diritto comunitario, bensì pure di fornire regole da innestare su di essa per completarla e, così, non solo di rimuovere il contrasto con il diritto comunitario, ma di attuarlo senza, in tutti i casi, che residuino vuoti. La discordanza di norme interne da una direttiva, dunque, se mette senz'altro in gioco l'obbligo dello Stato di provvedere ad attuarla introducendo in via legislativa disposizioni che l'attuino, non permette senz'altro di disapplicarle.

Non lo permette se, a seguito della disapplicazione, non residui una normativa domestica compiuta delle fattispecie o vicende regolate dalla direttiva presa a riferimento, specie in relazione ai profili con riguardo ai quali tale fonte le normi; e, in

questa eventualità, tale direttiva, per il proprio contenuto (vago, generico, irresoluto, parziale e così via), non esprima una regolamentazione sufficientemente diffusa e puntuale a cui attingere specifici canoni da essa dettati con cui integrare le regole domestiche residue in modo che risulti una complessiva disciplina delle fattispecie o vicende normate dal legislatore comunitario munita dell'attributo della compiutezza con riguardo a (tutti) i profili toccati, ossia sotto i quali sono regolate dalla direttiva. Tali circostanze sono indici che conducono a escludere che la direttiva implicata sia "incondizionata e sufficientemente precisa", a rivedere il giudizio al riguardo e a negare ch'essa sia direttamente applicabile nell'ordinamento interno: esse, ove ricorrano, fanno del resto emergere sia che disapplicare norme interne contrarie a una direttiva del tipo in discorso, di per sé, non reca l'attuazione di essa, poiché si fanno solo cadere pezzi di diritto interno senza che vi si innestino limpide regole comunitarie in quella contenute che non comportino alcuna discrezionalità nella fase di loro trasposizione perché, all'incontro, quest'ultima può aver luogo contemplando alternativi comportamenti, atti, termini, strumenti imprecisati nella direttiva e la cui scelta è demandata ai legislatori nazionali; sia che, conseguentemente, la strada della disapplicazione non è praticabile poiché non risolve il problema dell'attuazione, mentre pregiudica la certezza del diritto siccome lascia vuoti che è incapace di colmare, richiedendo per conseguire il risultato che si esprima il legislatore municipale. Il che, ove venga riferito alla direttiva n. 2006/123/CE, conduce a escluderne – come si è anticipato e si osserverà ancora in seguito – la diretta applicabilità e, con essa, a scartare l'espediente della disapplicazione delle norme interne, con particolare riguardo alle disposizioni che hanno prorogato la durata delle concessioni demaniali marittime (art. 1, co. 682 s., l. 30.12.2018, n. 145, ma anche art. 182, co. 2, d.l. 19.05.2020, n. 34, conv. dalla l. 17.7.2020, n. 77).

6. Ricorrono, dunque, due limiti che si combinano e che la giurisprudenza amministrativa in esame supera già quando affaccia un procedimento ibrido di as-

segnazione delle concessioni demaniali marittime, ignoto alla disciplina tanto nazionale quanto comunitaria e, anzi, difforme dalla prima, senza neppure menzionare la direttiva n. 2006/123/CE, ma semplicemente ponendo, a fondamento della manipolazione dell'esplicito discordante diritto interno vigente, generici "obblighi di trasparenza, imparzialità e rispetto della *par condicio*", assertivamente ritenendoli "imposti … anche a livello europeo" da fonti, però, lasciate nell'anonimato; e "soddisfatti da un efficace ed effettivo meccanismo pubblicitario preventivo sulle concessioni scadenza" all'uopo, però, inventato dall'interprete[44]. Quei limiti sono ecceduti poiché quei generici obblighi, privi di sostanziazione a livello legislativo ed evocati a mo' di principi in sede applicativa, come si è osservato, non ammettono a generare incroci: tanto meno quando si modifichi una normativa di fonte legislativa che ha una finalità (qui quella, propria dell'art. 37 cod. nav., di disciplinare un procedimento tipico avviato su domanda d'un soggetto interessato alla p.A., in questo senso su impulso del mercato) del tutto diversa, parrebbe diametralmente divergente dallo scopo a cui la si piega (qui quello di profilare un procedimento nell'opposta fattispecie di un'offerta della p.A. al mercato in luogo d'una domanda che proviene da esso); e quando, inoltre, la si modifichi introducendo elementi del tutto originali, non contemplati dal legislatore e che l'interprete liberamente sceglie (come l'avviso pubblico e la relativa pubblicazione), così mutandola in difformità dalle scelte legislative, delineando una procedura diversa da quella dal primo indicata e dettagliatamente disegnata senza prevederli, tanto divergente da invertirne il senso trasformando il procedimento da schema a istanza di parte a modello a iniziativa della p.A.

Quei due limiti sono ecceduti dalla ideazione di uno schema procedurale alieno dalle previsioni legislative, di nuovo conio, estraneo al diritto tanto comunitario quanto interno, bensì liberamente ideato dal giudicante della cui estemporanea originalità è prodotto dalle consistenze d'una arbitraria creazione discrezionale,

[44] Cfr. Cons. Stato n. 7837/2020, cit.

qui costruendosi a piacere una (fantasiosa disciplina della) procedura innovativa rispetto a quella tracciata dal legislatore. Si registra, infatti, una chimera che dà corpo a una costruzione normativa originale (il procedimento ibrido di cui si discorre) con cui non si applicano, né s'interpretano disposizioni legislative, ma si creano disinvoltamente regole nuove e, con essa, il superamento di entrambi: si fa leva sul diritto comunitario per introdurre in quello interno, integrandolo innovativamente, specifiche regole (quanto a strumenti, contenuti, modalità, termini e così via) che il primo non prevede con la scusa di attuarlo, già per questo ledendo le prerogative del legislatore municipale ed eccedendo, correlativamente, la funzione giurisprudenziale; e, a tal fine, si dilata la diretta applicabilità del diritto comunitario, sia riconoscendola ove non sussiste per essere negata, prima ancora che dalla natura della fonte, dalla genericità del dato prescrittivo a cui la si predica, sia piegandola alla realizzazione di uno scopo ulteriore rispetto al fine suo proprio, in particolare andando ben oltre la mera disapplicazione di norme interne o applicazione diretta di regole comunitarie per altresì confezionare *ex novo* precetti domestici di dettaglio inesistenti in entrambi gli ordinamenti di riferimento, così accentuando l'accennato effetto lesivo che si palesa anche sotto tali ulteriori profili. Con l'aggravante che, a tal fine, s'evocano "obblighi di trasparenza, imparzialità e rispetto della *par condicio*" per innesti di prescrizioni inedite che nemmeno li attuano posto che, come si è dianzi segnalato, l'originale procedimento ibrido liberamente ideato si caratterizza per l'assenza sia della segretezza (della prima) delle domande antagoniste, sia di criteri valutativi prestabiliti.

Il disinvolto, combinato superamento dei detti limiti d'altro canto si riscontra, similmente, pure nella giurisprudenza che richiama (oltre ai principi comunitari espressi dai Trattati anche) la direttiva n. 2006/123/CE all'interno dell'analogo discorso proclive ad accreditare l'esistenza nell'ordinamento domestico di un procedimento amministrativo per l'assegnazione delle concessioni demaniali marittime e

a identificarlo in quello delineato dall'art. 37 cod. nav.[45], casomai integrandolo con elementi liberamente individuati secondo l'itinerario seguito da Cons. Stato n. 7837/2020. Una giurisprudenza che, a tal fine, assume o sottintende la diretta applicabilità della menzionata fonte comunitaria e l'idoneità del detto procedimento domestico ad attuarne l'art. 12, istituendo un circolo vizioso per cui la diretta applicabilità dell'indicata direttiva, da un lato, ammette a disapplicare le citate disposizioni nazionali di proroga della durata delle dette concessioni perché automatica e, dunque, difforme (almeno in tesi, ossia sul presupposto dell'applicabilità anche a esse della direttiva in considerazione in aderenza all'indirizzo espresso da Corte giust. UE, 14.7.2016, cit.) dal medesimo art. 12 che prevede che siano assegnate all'esito di "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"; e, dall'altro lato, trae conforto dalla (ritenuta) esistenza nell'ordinamento domestico di un procedimento idoneo ad attuare il ridetto art. 12.

Sennonché, indipendentemente dalla soluzione che si dia alla questione della riferibilità della direttiva n. 2006/123/CE (anche) alle concessioni demaniali marittime, per un verso la diretta applicabilità di quest'ultima nell'ordinamento interno appare esclusa dalla mancanza dei presupposti da cui dipende, a prescindere dall'esistenza o meno di un procedimento amministrativo nazionale conforme ai caratteri della procedura di loro assegnazione stabiliti dalla detta fonte comunitaria; e, per altro verso, l'inesistenza di un tale procedimento esclude il carattere *self-executing* della direttiva per quanto dianzi osservato, ossia perché capace al più di provocare la disapplicazione delle regole nazionali contrarie alla disciplina comunitaria senza che dalle fonti, comunitarie e domestiche residue, risulti una normativa compiuta delle fattispecie o vicende regolate dalla direttiva presa a riferimento con riguardo a (tutti) i profili da essa toccati.

[45] Cfr. T.a.r. Toscana, 8.3.2021, n. 363.

Sotto il primo profilo, sembra che la disciplina dettata dalla direttiva n. 2006/123/CE e, per quanto qui rileva, dal suo art. 12 non sia affatto "incondizionata e sufficientemente precisa" bensì, persino secondo l'interpretazione datane dalla CGUE con la decisione da ultimo ricordata, che lasci ampi margini di discrezionalità agli Stati. Innanzi tutto, è loro demandato l'apprezzamento delle ricordate condizioni di applicabilità del diritto comunitario in discorso (consistenti nella "scarsità" e "nell'interesse transfrontaliero certo" delle risorse) e, dunque, l'individuazione dei beni la cui assegnazione in concessione deve avvenire in aderenza a quello. Inoltre, la disciplina in esame non contiene in sé una compiuta, organica regolamentazione che la renda applicabile senza dover attingere altrove, atteso che nulla dice circa le specifiche procedure da seguire per l'assegnazione delle concessioni, limitandosi a indicarne – con norma enunciativa di meri principi – i generali caratteri di imparzialità e trasparenza, nonché a imporre altrettanto genericamente un' adeguata pubblicità preventiva così, dunque, rimettendo alla discrezionalità degli Stati membri la configurazione del procedimento, ossia l'individuazione degli specifici strumenti, contenuti, modalità, termini, e così via attuativi dei sommari precetti comunitari, in uno alla durata delle concessioni su cui del pari questi ultimi nulla dicono.

Che la direttiva n. 2006/123/CE e, in particolare, il suo art. 12, oggettivamente, non siano *self-executing* e, dunque, difetti la condizione presupposta per la correlativa disapplicazione di una normativa nazionale riguardante le concessioni demaniali marittime in ipotesi con essi incompatibile, appare conclusione confortata dagli orientamenti emersi in seno alle istituzioni comunitarie. Innanzi tutto, lo è dalla giurisprudenza in termini della Corte di giustizia che, con la ricordata pronuncia 14.7.2016, non pare che si sia spinta ad affermare la diretta applicabilità di quelli, serbando in proposito un silenzio particolarmente eloquente atteso che accreditarla sarebbe stato coerente coronamento dell'iter argomentativo e della decisione. Dal che si desume che il silenzio sul carattere *self-executing* della normativa in discorso

non costituisce mera superficiale dimenticanza, bensì consapevole scelta per la sottintesa assenza in capo alla direttiva dei requisiti che la rendono direttamente applicabile negli ordinamenti domestici; e, escludendo tale carattere nonché, con esso, la disapplicazione delle regole interne eventualmente incompatibili, assume rilievo ben oltre e ben innanzi alla notazione che detta pronuncia, riferendosi a una disciplina (di proroga della durata) delle concessioni demaniali marittime (art. 1, co. 18, d.l. 30.12.2009, n. 194, conv. dalla l. 26.2.2010, n. 25, poi modificato dall'art. 34 *duodecies*, d.l. 18.10.2012, n. 179, conv. dalla l. 17.12.2012, n. 221) diversa da quella vigente (art. 1, co. 682 s., l. n. 145/2018 e art. 182, co. 2, d.l. n. 34/2020 conv.), non implica di per sé che l'incompatibilità con l'art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE, siccome dichiarata con riguardo alla prima, si possa predicare anche alla seconda. Tanto più che il presupposto dell'estensione della scadenza delle dette concessioni proprio di quest'ultima e, in relazione a esso, la finalità dell'allungamento della loro durata sono estranei alla disciplina precedentemente scrutinata dalla CGUE: la normativa vigente lascia pianamente emergere che è preordinata e strumentale a dare attuazione al diritto comunitario nell'interpretazione offertane dalla CGUE, che pone la necessità di procedere a una preliminare mappatura del litorale nazionale per stabilire se e quali siano in concreto i beni del demanio marittimo muniti dell'attributo della "scarsità" o dell'"interesse transfrontaliero certo" quale condizione di applicabilità, rispettivamente, dell'art. 12 della menzionata direttiva e, per i beni pubblici non compresi nell'ambito di applicazione di tale norma (ossia in relazione ai quali il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività non sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili), degli artt. 49, 56 e 106 TFUE[46].

In secondo luogo, sul piano degli orientamenti emersi in seno alle istituzioni comunitarie, avvalora la conclusione dianzi prospettata anche la lettera di messa in

[46] Corte giust. UE, 14.7.2016, cit.

mora[47] con cui la Commissione UE ha ipotizzato che la disciplina delle concessioni contenuta nella l. n. 145/2018 violi il diritto comunitario. Non rileva tanto che si tratti di una mera richiesta di informazioni allo Stato che potrebbero scongiurare che la fase pre-contenziosa della procedura di infrazione si concluda con un parere motivato con cui la Commissione UE affermi un inadempimento dello Stato e lo diffidi a porvi rimedio; né che l'accertamento della violazione spetta alla CGUE, all'esito dell'eventuale fase contenziosa successiva tanto a quell'eventuale parere quanto all'eventuale inottemperanza a quella diffida (art. 258 TFUE). Ad assumere rilievo sembrano soprattutto due altri indici. Il primo è che la lettera di messa in mora è intervenuta dopo un non breve lasso di tempo di circa due anni dalla promulgazione della disciplina nazionale considerata, il che lascia emergere che la richiesta di informazioni non mette in discussione la compatibilità con il diritto comunitario della complessiva scelta normativa espressa dall'art. 1, co. 682 s., l. n. 145/2018, bensì l'inerzia della p.A. nell'attuarla, ossia nel compiere le attività preliminari contemplate dal legislatore preordinate e strumentali all'applicazione della direttiva n. 2006/123/CE che giustificano l'estensione, nelle more, della durata delle concessioni. Il secondo è il contenuto della lettera di messa in mora perché in essa, per un verso, non è neppure affacciata la tesi della diretta applicabilità della detta direttiva, che per il tipo di fonte è eccezionale o, almeno, non comune per l'intrinseca sua diversità dal regolamento, tal che l'una, all'opposto dell'altro, per i Trattati UE in principio non produce effetti diretti negli ordinamenti domestici, ma abbisogna d'un atto legislativo nazionale che la recepisca; e, per altro verso, si "ritiene che la Repubblica italiana non abbia ottemperato agli obblighi imposti dall'articolo 12 della direttiva sui servizi e dall'articolo 49 TFUE", con ciò facendo palese che quest'ultima non è *self-executing*, ma abbisogna di un provvedimento di trasposizione, senza poter prevalere sulle norme di fonte interna eventualmente in-

[47] 2020/4118 C(2020) 7826 final.

compatibili.

La citata lettera di messa in mora, dunque, non solo non costituisce – come si è già osservato – accertamento d'una infrazione, ma chiarisce che l'incompatibilità della nuova normativa nazionale con la menzionata disposizione comunitaria, nell'ipotesi in cui fosse in seguito ravvisata, comunque non implicherebbe la disapplicazione della normativa nazionale, che è consentita soltanto al ricorrere dei stringenti presupposti da cui dipende il carattere *self-executing* della direttiva con cui la normativa nazionale non collimi; e che, per le ragioni poc'anzi indicate, fanno difetto al citato art. 12[48]. Di là dell'opinione che s'abbia sulla relazione che intercorre tra diritto comunitario e diritto nazionale, anche cioè a non ammettere che si tratti di ordinamenti distinti e autonomi[49], quella lettera riposa sull'*acquis* che, quando venga in rilievo una direttiva, non è consentito obliterarne la differenza rispetto al regolamento né, in particolare, ricorrere a forzature per accreditarne la diretta applicabilità al fine di superare l'eventuale contrasto con il diritto interno d'uno Stato membro: ché quest'ultima non è un connotato tipico della peculiare fonte comunitaria; persino l'istruzione che comanda l'interpretazione conforme sconta limiti, come si vedrà; e, d'altro canto, l'incompatibilità perpetuata dall'inattuazione non resta senza sanzione. E, così come la diretta applicabilità della direttiva, anche la disapplicazione della normativa nazionale che non le corrisponda è eccezionale o, almeno, non comune.

7. Che l'art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE non abbia la dote in considera-

[48] Tanto più ove si consideri che, per un pur datato orientamento applicativo, persino in presenza di una decisione della Commissione che abbia dichiarato incompatibile con il diritto comunitario una norma interna, fino all'abrogazione di quest'ultima la p.A. non può dare autonomamente attuazione alla decisione: cfr. Cons. Stato n. 30/1989, cit.

[49] Secondo la concezione dualistica che rimonta a Corte cost., 8.6.1984, n. 170; che non impedisce di affermare la prevalenza del primo, riconoscendola persino alle interpretazioni datene in via pregiudiziale dalla CGUE, su cui già Corte cost., 19.4.1985, n. 113, nonché *infra*; e che si confronta con quella monistica prediletta da Corte giust. CEE, 15.7.1964, causa n. 6/64, per cui l'ordinamento comunitario è integrato in quelli nazionali e a essi sovraordinato, prevalendo le sue regole anche su quelle espresse da leggi nazionali posteriori.

zione è approdo che trova conferma all'esito dell'esame del secondo anticipato profilo sotto il quale va compiuta un'ulteriore verifica dei presupposti della diretta applicabilità della norma comunitaria nell'ordinamento interno: se esista cioè una disciplina in esso applicabile che ne sia pienamente attuativa.

Sotto tale secondo profilo, qualora una direttiva che s'ipotizzi *self-executing* non lo sia di per sé, perché isolatamente considerata non si presenta "incondizionata e sufficientemente precisa", ma demanda scelte attuative discrezionali agli Stati membri, l'esclusione della diretta applicabilità della fonte risulta confermata se, in relazione ad essa, non si dia un quadro normativo completo compatibile con il diritto comunitario che possa dirsi attuativo della direttiva di cui si discuta sotto tutti gli aspetti da essa toccati. Una simile direttiva non pone meri problemi interpretativi, a esempio connessi a clausole generali e, in genere, alla vaghezza degli enunciati normativi in essa impiegati, bensì lascia più radicalmente indefiniti gli stessi congegni giuridici strumentali alla realizzazione dei suoi effetti; non è autosufficiente, perché non detta essa stessa un'esaustiva regolamentazione puntuale che non richiede integrativi interventi normativi ed è capace, casomai, di sostituirsi a eventuali normative nazionali difformi; impone di reperire altrove disposizioni che ne specifichino, con sufficiente grado di dettaglio, il contenuto prescrittivo in modo che risulti un plesso normativo delle fattispecie o vicende da essa considerate sufficientemente compiuto in relazione a tutti i profili sotto i quali essa le norma e che in essa non si rintracci; abbisogna, cioè, di attuazione sul piano legislativo, di trovare riscontro nella legislazione in disposizioni da cui possa dirsi messa in atto; e perché possa dirsi attuata, dovendosi attingere da altre fonti la disciplina che contempla senza porla compiutamente, occorre dunque che esista una normativa (interna o comunitaria) ulteriore applicabile nell'ordinamento interno che dia corpo al menzionato plesso.

In tale prospettiva, posando lo sguardo sulla normativa interna, s'essa non sia già pianamente fedele alla direttiva del tipo in considerazione, si dà allora solo

un'alternativa. O si passa per l'attuazione esplicita mediante l'introduzione di disposizioni nazionali posteriori alla detta direttiva che la traspongano nell'ordinamento domestico integrando, sopprimendo, correggendo e, in genere, modificando l'esistente in modo che le si accordi. Oppure si giunge, se possibile, ad accreditare l'aderenza dell'uno all'altra sfruttando la capacità di adeguamento del diritto vivente, ossia ricorrendo a operazioni genuinamente interpretative di rivisitazione della portata delle disposizioni vigenti; o con cui si faccia impiego dell'istituto della disapplicazione per far cadere quelle incompatibili; o procedendo a innesti di specifici segmenti che siano eventualmente provvisti e, dunque, possano trarsi dalle fonti legislative comunitarie (o intestine) atti ad applicarsi nell'ordinamento municipale e a completarlo. Ma, per l'appunto, restando nell'area dell'interpretazione; e con l'ulteriore condizione che, all'esito della manipolazione, risulti una disciplina applicabile nell'ordinamento nazionale munita del duplice requisito della conformità alla direttiva e della compiutezza sotto tutti i profili da tale fonte toccati in relazione alle fattispecie o vicende riguardate e normate dal legislatore comunitario. Altrimenti non è dato registrare l'attuazione della direttiva; non si può accreditare che quest'ultima trovi corrispondenza nel diritto interno; bensì l'interprete deve (arrestarsi a) constatare la disarmonia senza, in particolare, poter disapplicare le regole nazionali incompatibili se ciò non sia sufficiente a far emergere una disciplina dotata dei ricordati attributi (applicabilità, conformità e compiutezza), neppure valendosi della tecnica dei menzionati eventuali specifici innesti di segmenti legislativi che si rendessero disponibili affinché la mera caducazione non lasci vuoti normativi rispetto ad alcuno dei profili riguardati dalla fonte che reclami d'esser messa in opera.

In difetto, ostano alla disapplicazione la circostanza che, all'esito di essa, la direttiva resterebbe comunque inattuata e, con ciò, frustrato l'obiettivo della sua trasposizione che la prima si ripromette di conseguire; e il conseguente inutile *vulnus* alla certezza del diritto, che preclude la manipolazione in aderenza al già rievocato indirizzo giurisprudenziale, anche recentemente confermato e considerato tan-

to pacifico da far ritenere alla CGUE che alla decisione delle pregiudiziali sottoposte-le nell'occasione si potesse provvedere con ordinata motivata *ex* art. 99[50].

Invero, tutte le articolazioni dello Stato membro, come si è già ricordato, debbono concorrere all'attuazione del diritto comunitario inclusi i giudici[51]; in particolare, quanto alla portata delle sentenze della Corte del Lussemburgo, la pronuncia della CGUE su una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale lo vincola ad adeguarvisi nel giudizio in seno al quale gliel'abbia rimessa e, segnatamente, a conformarsi all'interpretazione che la Corte abbia offerto del diritto comunitario[52]; più in generale, negli ordinamenti degli Stati membri, le disposizioni comunitarie debbono essere intese con il significato loro conferito dalla CGUE nell'esercizio del potere conferitole dall'art. 267 TFUE, che le permette di chiarire e precisare la portata di quelle, quali norme esse esprimano anche con riguardo a vicende, rapporti, fattispecie anteriori alla pronuncia interpretativa di volta in volta pertinente[53] attesane la natura puramente dichiarativa che ne fa risalire il rilievo al momento dell'entrata in vigore dell'enunciato normativo scrutinato[54]. Ma il giudice statale deve mantenersi entro i confini dell'attività interpretativa, avendosi cura di puntualizzare sia che, nell'applicare il diritto interno, deve considerarne l'insieme delle disposizioni e accordare loro significati che siano il più possibile corrispondenti al diritto comunitario e, ove venga in rilievo una direttiva, alla finalità di quest'ultima in ossequio all'art. 288, co. 3, TFUE, rispettando però una doppia restrizione potendo far ricorso ai soli criteri interpretativi ammessi dall'ordinamento domestico e, prima ancora, restando vincolato dal testo legislativo ("à la lumière du text"[55]); sia che l'obbligo di interpretare il diritto municipale in aderenza a quello

[50] Corte giust. UE, 4.2.2021, ord., causa n. 321/20.
[51] V. pure Corte giust. UE, 19.4.2016, causa n. 441/14.
[52] Tra le altre, Corte giust. UE, 5.10.2010, causa n. 173/09, § 29.
[53] A es., v. Corte giust. UE, 21.3.2013, causa n. 92/11, § 58, e Corte giust. UE, 13.12.2018, causa n. 385/17, § 56.
[54] *Inter alia*, Corte giust. UE, 28.1.2015, causa n. 417/14, § 63.
[55] Cfr. Corte giust. UE, 4.2.2021, ord., cit., § 28, e prima, a es., Corte giust. UE, 19.4.2016, cit., § 31.

comunitario è limitata dai principi generali e non consente di accreditare norme domestiche che si risolvono nell'attribuzione di significati *contra legem* alle disposizioni domestiche[56].

È entro tali limiti che l'istruzione per cui va preferita l'interpretazione del diritto nazionale conforme a quello comunitario tra l'altro impone, se del caso, di abbandonare indirizzi applicativi consolidati[57], non ostante il principio della certezza del diritto[58]; e che tale "principio" non impedisce a un giudice domestico di disapplicare una disposizione del proprio ordinamento che la CGUE abbia ritenuto contraria ad altra inclusa in una direttiva comunitaria quand'anche, dopo la decisione della Corte del Lussemburgo, il precetto municipale non abbia formato oggetto di una modificazione legislativa di diritto interno[59]. Sicché, la riassunta giurisprudenza conferma ancora di recente che, quando venga in rilevo una direttiva, vi sono casi in cui il giudice deve arrestarsi a constatare il contrasto tra gli ordinamenti in discorso, essendogli innanzi tutto precluso di comporlo provvedendo *contra legem*; e non allenta, bensì sottintende gli ordinari, rammentati presupposti della disapplicazione che ricade entro i confini dell'attività interpretativa, *i.e.* che non soltanto ricorrano le condizioni alle quali la direttiva ha efficacia diretta, ma più in generale consti una disciplina dotata dei ricordati attributi inclusivi pure della conformità e della compiutezza avuto riguardo al contenuto della fonte comunitaria[60].

In proposito, non si tratta solo di rilevare che neppure consta una pronuncia vincolante della CGUE assertiva dell'incompatibilità della disciplina delle concessioni

[56] Cfr., tra le altre, Corte giust. UE, 4.2.2021, ord., cit., § 29, e già Corte giust. UE, 19.4.2016, cit., § 32.
[57] Nuovamente, a es. Corte giust. UE, 4.2.2021, ord., cit., § 30, e Corte giust. UE, 19.4.2016, cit., § 33.
[58] V. pure Corte giust. UE, 26.6.2019, causa n. 407/18, § 66.
[59] Corte giust. UE, 4.2.2021, ord., cit., § 33.
[60] Tant'è che il più prossimo precedente citato ha ritenuto che il diritto nazionale dovesse cedere il passo a regole espresse da una direttiva in un caso in cui veniva in rilievo l'art. 6, par. 1, della direttiva del Consiglio, 5.4.1993, n. 93/13/CEE, ossia una disposizione comunitaria "incondizionata e sufficientemente precisa" nel dettare la "*mesure indispensable*", la compiuta disciplina dei riflessi dell'abusività della clausola contrattuale sugli effetti di quest'ultima e del contratto che la contenga: v. Corte giust. UE, 4.2.2021, ord., cit.

demaniali marittime provvista dalla l. n. 145/2018 con la direttiva sui servizi, posto che si è segnalato che Corte giust. UE, 14.7.2016, si è pronunciata su una questione pregiudiziale riguardante una diversa, superata regolamentazione domestica che il legislatore nazionale ha sostituito; e che la nuova è espressione d'una differente complessiva scelta normativa. O – come parimenti si è già rilevato – che, una volta che con Cons. Stato n. 7837/2020 si sia escluso *ratione materiae* che la concessione delle aree demaniali marittime sia soggetta ai precetti concernenti gli appalti pubblici[61], non residua che l'applicabilità a essa dei canoni speciali espressi dagli artt. 36 s. cod. nav. e 18 reg. att. cod. nav. che la riguardano; che, tuttavia, il tratto su cui riposa la loro specialità e quella del modello procedimentale da essi contemplato è l'inerenza a una fattispecie caratterizzata da "una domanda che perviene dal mercato privato", che rende gli uni e l'altro inutilizzabili se l'iniziativa sia del concedente di modo che si dia un'offerta al mercato, una "domanda che perviene da"lla p.A. condizionata da, e vincolata a predilezioni di quest'ultima in luogo d'una emancipata iniziativa privata; e che l'estraneità di tale differente fattispecie all'ambito applicativo di quei canoni e di quel modello, dunque la lacuna normativa che la interessa, è tanto più marcata se, al fine di recuperarla al detto ambito, si modifica la disciplina positiva, confezionando un originale procedimento "ibrido" risultante dal creativo innesto d'un elemento innominato, alieno alle previsioni del legislatore e tale perseguire una finalità diametralmente divergente dallo scopo proprio delle regole che si vorrebbero rendere applicabili e che ne vengono distolte. La preclusione

[61] Sul tema dell'(in)applicabilità del modello di gara tipico degli appalti pubblici, si possono confrontare SANTORO [E.], *Concessioni di beni pubblici e procedure di evidenza pubblica con riferimento ai porti turistici*, in *Foro Amm. CDS*, 2005, 2388 ss., e BROWN [A.], *The application of the EU procurement rules to land regeneration projects: further clarification from the Court of Justice in Commission v Spain (C-306/08) concerning Valencian land-use regulations*, in *Public procurement L. Rev*., 2011, n. 5, 185 ss. In tema, è rilevante che la giurisprudenza comunitaria tenda a ritenere che le concessioni demaniali abbiano a oggetto un bene piuttosto che un servizio (cfr. Corte giust. CE., 25.10.2007, causa 174/06, e Cass., sez. trib., 30.06.2010, n. 15470), ciò che implica l'inapplicabilità delle norme sugli appalti pubblici ai rapporti concessori finché l'oggetto principalmente non sia la prestazione d'un servizio, ma il godimento di un bene (cfr. Corte giust. UE, 26.05.2011, causa 306/08).

di una tale manipolazione del dato legislativo che pianamente la contrasta appare, del resto, vieppiù evidente al lume del diritto comunitario che addirittura si richiama per giustificarla e che, invece, la avversa non essendo in suo nome consentite, bensì proibite opzioni applicative che, nell'ordinamento interno, siano *contra legem*.

Si può infatti altresì aggiungere che, persino a voler trascurare quanto si è appena osservato, ossia anche a concedere che sia ammissibile la mistificazione, la contorsione delle disposizioni fino al punto di ritenere che l'ordinamento interno contempli il menzionato procedimento ibrido liberamente ideato da certa giurisprudenza, ciò non è sufficiente per concludere che risulta allora una normativa compiuta delle fattispecie regolate dall'art. 12 della direttiva sui servizi ad esso conforme con riguardo a (tutti) i profili da esso toccati. Non lo è perché la fantasiosa procedura ibrida non solo non integra l'evidenza pubblica imposta dalla norma comunitaria (meramente) enunciativa dei principi di imparzialità, trasparenza e adeguata pubblicità preventiva, ma è con essa addirittura incompatibile.

Tale inconciliabilità è lampante se si guarda al modello disegnato dagli artt. 36 s. cod. nav. e 18 reg. att. cod. nav. per quel che è. Non soltanto esso è contraddistinto da un regime della pubblicità che, attuandosi sugli albi pretori comunali, postula l'uso di uno strumento inidoneo a favorire l'effettiva e diffusa conoscenza della, e quindi partecipazione alla procedura di assegnazione, ponendosi in contrasto con la finalità pro-concorrenziale della norma comunitaria di riferimento; e da carenze riguardanti la (disciplina della) durata delle concessioni, la cui determinazione in concreto non conosce alcun criterio prestabilito, con conseguente estensione della discrezionalità in uno spazio indefinito e non prestabilito incompatibile con i cennati principi comunitari (specie della preventiva trasparenza nonché, conseguentemente, dell'imparzialità e della parità di trattamento). Si nota, infatti, anche che la disciplina del procedimento in esame, di per sé, prevede ch'esso prenda avvio con una domanda di parte, mentre non contempla l'iniziativa dell'ente pubblico

né, tanto meno, la pubblicazione di un bando men che meno esaustivo.

Mancando quest'ultima, fa radicale difetto un elemento di assoluto rilievo che solo, per un verso, implicando la preventiva valutazione dell'interesse pubblico all'assegnazione, sia quanto al bene sia quanto all'uso – nel quadro di un complessivo disegno amministrativo che tenga conto del bene in rapporto agli altri e del suo uso in rapporto ad altri –, realizza i criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza (art. 1 l. n. 241/1990) in cui si concretano i precetti costituzionali di buon andamento (quanto a economicità, efficacia ed efficienza) e di imparzialità dell'amministrazione (quanto agli altri) consacrati dall'art. 97 Cost. e (quanto a pubblicità e trasparenza) pure espressione del principio democratico (qui *sub specie* del principio costituzionale del controllo democratico da parte dei cittadini sull'attività della p.A.); e, per altro verso, implicando la predeterminazione sia dell'uso del bene, del periodo per il quale può protrarsi e dei modi in cui può esercitarsi, su cui gli interessati sono chiamati a concorrere muovendo da una situazione di completa conoscibilità e di eguaglianza nelle posizioni di partenza, sia dei criteri di assegnazione sulla cui base sarà scelto il vincitore tra più contendenti, assicura l'attuazione dei principi di trasparenza, imparzialità e parità di trattamento secondo cui la procedura a evidenza pubblica per l'assegnazione delle concessioni di beni demaniali deve svolgersi in conformità della direttiva n. 2006/123/CE secondo l'interpretazione datane Corte giust. UE, 14.7.2016. Il procedimento in considerazione, dunque, non è una procedura a evidenza pubblica conforme ai principi di imparzialità, trasparenza e adeguata pubblicità preventiva così come prescritti dal - e con la portata prescrittiva loro assegnata nel – l'ordinamento comunitario e, in specie, dalla fonte da ultimo citata (art. 12).

L'anteriorità dello schema previsto dal c. nav. sia alla Costituzione sia alla costruzione dell'ordinamento comunitario, del resto, impone di valutarne criticamente la compatibilità con i principi espressi dall'una e dall'altro. Significativo, in particolare, è che la datata disciplina faccia dipendere e affidi l'assegnazione di beni

pubblici all'isolata iniziativa del singolo privato portatore di un proprio peculiare interesse; e, in via meramente eventuale, di altri occasionali e parimenti isolati privati antagonisti portatori di interessi particolari, confinando l'intervento della p.A. a uno scrutinio della conciliabilità con l'interesse pubblico dell'iniziativa di privata ideazione e a una comparazione in base a esso delle diverse istanze (solo eventualmente) antagoniste. Sicché il modello in esame si presenta difforme dai principi comunitari, inclusi quelli richiamati dall'art. 12 della direttiva *Bolkestein*.

8. Invero, non solo ne è caratteristica saliente che, seguendolo, la p.A. abdichi alla funzione di amministrazione dei beni che le sono affidati, rinunciando alla preliminare selezione dell'uso, del tempo e dei modi in cui l'uso deve o può avvenire; e a chiamare, sulla base di tale selezione e successivamente a essa, i privati a concorrere tra loro per attuare al meglio il disegno divisato dalla p.A. satisfattivo dell'interesse pubblico. Assume infatti altresì e soprattutto rilevanza anche la già segnalata svalutazione, in seno al modello in esame, dei requisiti della segretezza delle (di tutte le) domande e della predeterminazione dei criteri di valutazione delle richieste concorrenti.

A questo riguardo, è agevole osservare ch'esso implica che la domanda del primo istante sia integralmente pubblicata e che, successivamente a essa, eventuali privati antagonisti possano proporre domande concorrenti nella piena conoscenza di quella, senza tra l'altro neppure prevedere né che il primo istante possa conoscere integralmente le domande concorrenti con la propria e possa modificarla; né che i criteri di assegnazione siano predeterminati e noti. Sicché lo schema provvisto dal c. nav. comporta un'alterazione dell'equilibrio tra i concorrenti e un'opacità che contrastano frontalmente i principi di parità di trattamento e trasparenza che debbono presiedere l'evidenza pubblica secondo il diritto comunitario e, segnatamente, di imparzialità, trasparenza e adeguata pubblicità preventiva della procedura selettiva enunciati dall'art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE in conformi-

tà dell'interpretazione datane e l'applicazione fattane dalla CGUE.

D'altro canto, la disarmonia di quello schema con l'ordinamento comunitario si nota pure sotto un altro profilo. Negli orientamenti applicativi, in particolare da Corte giust. UE, 14.7.2016, l'attribuzione in regime di concessione d'un bene demaniale è stata attratta all'area dell'affidamento di "servizi", quale presupposto indefettibile di assoggettamento della vicenda alla direttiva n. 2006/123/CE. E il rilievo di tale qualificazione sta in ciò che, se si tratta di affidamento di un servizio da rendere alla p.A., è indispensabile che la gara si svolga in relazione al medesimo servizio, risultando già per questo inadeguato il procedimento previsto dal c. nav. che lascia aperta la possibilità di domande concorrenti per usi diversi o diversamente configurati rispetto alla prima istanza; e che esso sia preventivamente individuato dalla p.A. indicando l'uso, nonché il tempo e i modi dell'uso, nonché i criteri sulla cui base verrà effettuata la selezione del vincitore.

Le indicate, molteplici ragioni dell'inconciliabilità della disciplina interna della procedura di assegnazione delle concessioni demaniali marittime con il citato art. 12 che, lungi dal trovarvi attuazione, ne è addirittura contraddetto, sussistono persino a voler ritenere ammissibile la manipolazione giurisprudenziale che si sostanzia nell'originale ideazione del procedimento ibrido di cui si è detto. Sono ragioni che non si eclissano se su quella procedura si innesti, non ostante le norme di azione di fonte legislativa l'ignorino, (la preventiva pubblicazione di) un "avviso" poiché, riprendendo le già illustrate ragioni del contrasto (v. *supra* § 2), tale originalità giurisprudenziale non colma, bensì conserva le accennate lacune e così, tra l'altro, lascia insoddisfatti proprio i requisiti della segretezza delle domande e della predeterminazione dei criteri di valutazione delle richieste concorrenti.

Dal quadro dianzi delineato emergono, dunque, le ragioni del segnalato circolo vizioso, contrassegnato da un *loop* di censurabili operazioni dell'interprete che non fanno progredire verso l'approdo prediletto: non solo difettano i presupposti della diretta applicabilità (dell'art. 12) della direttiva *Bolkestein*, ma quel tipo di effi-

cacia della fonte comunitaria è negato dall'inesistenza nell'ordinamento domestico di un procedimento idoneo ad attuarla. Con il triplice ulteriore difetto, acutizzante la fallacia della giurisprudenza in esame. Un tale procedimento, infatti, non trova riscontro nella legislazione nazionale, ma consegue all'ideazione pretoria di una procedura ibrida che scade in un non consentito *jus facere* consistente nell'invenzione di una originale norma di azione (la preventiva pubblicazione di un "avviso") ignota all'esplicito dato legislativo interno: un'adulterazione che, per un verso, eccede la funzione giurisprudenziale impiegandosi meri indefiniti principi (qui espressi da una direttiva tutt'altro che "incondizionata e sufficientemente precisa") non già per fare soltanto cadere parti incompatibili della disciplina nazionale che, all'esito della caducazione, risulti compiuta – cioè senza vuoti lesivi del valore della certezza del diritto – e conforme al diritto comunitario, ma per integrare il diritto interno modificandolo mediante un'addizione che crea una disciplina nazionale diversa da quella posta, così trascurando che i principi non generano incroci; e, per altro verso, si scontra persino con la proibizione comunitaria di opzioni applicative interne che, facendo leva su una direttiva, siano *contra legem* nell'ordinamento domestico. Inoltre, a questi due difetti se ne aggiunge un terzo, siccome neppure l'originale chimera di matrice giurisprudenziale attua la direttiva n. 2006/123/CE, ché l'ipotizzato procedimento ibrido risulta addirittura incompatibile con essa poiché, come si è rilevato, non soddisfa i requisiti della segretezza delle (di tutte le) domande e della predeterminazione dei criteri di valutazione di queste ultime e, dunque, si pone in contrasto con la prescrizione comunitaria dell'imparzialità, della trasparenza e dell'adeguata pubblicità della procedura (art. 12).

Un quadro, quindi, da cui altresì emerge che la costruzione di quel procedimento, pure quando si richiami (oltre ai principi comunitari espressi dai Trattati anche) la direttiva n. 2006/123/CE, travalica ed è inficiata dal combinato superamento dei due limiti che, come si è osservato, sono oltrepassati con l'operazione in discorso e la precludono quando la si fondi direttamente su principi espressi dai Trattati

comunitari. Lo è siccome l'art. 12 di tale direttiva non esprime che una norma enunciativa di meri principi; e, dunque, poggiare detta costruzione su di esso reca a eccedere i confini della funzione giurisprudenziale e della diretta applicabilità del diritto comunitario, dilatandolasi oltre il consentito persino dalla CGUE, del tutto similmente (e per le medesime ragioni già illustrate con riguardo) a quanto accade ove s'impieghino immediatamente principi del TFUE. E lo è persino inutilmente perché la soluzione applicativa, come si è osservato, è incompatibile con la prescrizione comunitaria che con essa si ambirebbe di attuare.

Le quinte che si lasciano osservare dall'interprete fanno emergere, parrebbe piuttosto chiaramente, tre fondamentali profili. Innanzi tutto, la diretta applicabilità non connota *naturaliter* le direttive comunitarie, il carattere *self-executing* delle quali è tutt'altro che normale. In secondo luogo, essa non appartiene, in particolare, alla fisionomia dell'art. 12 della direttiva *Bolkestein* per il duplice ricordato ordine di motivi che, con riferimento a tale disposizione, non ricorrono le condizioni della diretta applicabilità d'un precetto d'una direttiva comunitaria consistenti in ciò che dev'essere incondizionato e sufficientemente preciso; e, inoltre, non esiste nel diritto interno una disciplina (in specie del procedimento) idonea ad attuare la norma comunitaria in discorso, che la esige senza però porla così confermando che le due menzionate condizioni non sussistono. In terzo luogo, mancano altresì i presupposti della disapplicazione del diritto interno per, nuovamente, un duplice ordine di motivi. Sia perché difetta la diretta applicabilità nell'ordinamento interno della detta norma, con la conseguenza che se quest'ultima non è in grado di penetrarlo immediatamente non può neppure inciderlo provocando la disapplicazione di pezzi del diritto nazionale che lo compone; e, dunque, ferme l'efficacia orizzontale della direttiva e la sanzione nei confronti dello Stato inadempiente all'obbligo di attuazione, l'interprete potrà pure registrare il contrasto, ma ci si dovrà arrestare a rilevarlo occorrendo la mediazione del legislatore municipale per rimuoverlo. Sia perché la disapplicazione di segmenti del diritto interno in tanto è consentita in quanto realiz-

zi pienamente l'obiettivo che la legittima, ossia conduca alla compiuta attuazione della prescrizione comunitaria che, compresa in una direttiva, si profili inattuata. Il che non si verifica con la mera disapplicazione della proroga domestica della durata delle concessioni demaniali marittime, che impedisce la procrastinazione dei rapporti concessori esistenti determinandone la cessazione senza, tuttavia, che si renda poi applicabile una disciplina dell'affidamento dei beni qui in rilievo con modalità che siano conformi al citato art. 12. In ossequio al criterio di specialità, esclusa *ratione materiae* l'applicabilità della normativa concernente gli appalti pubblici, l'unico pertinente procedimento esperibile per tale affidamento è disegnato dagli artt. 36 s. cod. nav. e 18 reg. att. cod. nav. che però, persino nella versione ibrida creata dalla giurisprudenza, come si è visto, non realizza l'assegnazione delle concessioni in discorso in tesi pretesa dalla direttiva n. 2006/123/CE, ossia in base a una procedura di selezione dei 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".

Sicché il diritto comunitario resta inattuato; e la disapplicazione della proroga è dunque preclusa, perché non reca l'attuazione del diritto comunitario, non realizza la finalità che sola la giustifica e la permette. È questo un secondo profilo di rilevanza della disciplina nazionale del procedimento di assegnazione delle concessioni di beni del demanio marittimo. Essa non è soltanto un concorrente indice che conferma che il precetto comunitario in esame non è *self-executing*, poiché nell'ordinamento interno vi corrisponde un procedimento incompatibile che esige un puntuale intervento legislativo che lo modifichi; e che, negando la diretta applicabilità di quel precetto, implica pure l'impraticabilità della disapplicazione del diritto interno che la presuppone. Detta disciplina inclina alla medesima conclusione anche per l'ulteriore ragione che la medesima incompatibilità è di per sé immediatamente preclusiva della disapplicazione di cui si discute perché mostra che all'esito di quest'ultima il diritto comunitario resta inattuato.

Anche a ipotizzare e volere ammettere l'inconciliabilità della normativa di proroga con la direttiva *Bolkestein* considerando il differimento della scadenza delle concessioni isolatamente, avulso dal contesto normativo in cui è inserito, ossia ignorando l'articolazione delle regole provviste dalla l. n. 145/2018 che rende agevole cogliervi un intervento legislativo discrezionale strumentale all'adeguamento dell'ordinamento domestico al diritto comunitario e, innanzi tutto, all'indicata direttiva, l'uno e l'altra sono lasciati inattuati dalla caducazione della proroga mediante disapplicazione persino se si sorvoli sulle ragioni che interdicono l'accesso al procedimento ibrido ideato dalla giurisprudenza. L'inapplicabilità delle regole sugli appalti pubblici all'affidamento in concessione di beni demaniali marittimi da parte della p.A. lascia emergere che, una volta fatta cadere la proroga, non gli è riferibile che il procedimento previsto dagli artt. 36 s. cod. nav. e 18 reg. att. cod. nav. che, tuttavia, non integra la procedura a evidenza pubblica imposta dalla citata direttiva essendo privo dei caratteri che per quest'ultima devono connotarla. E, dunque, lascia pure emergere il duplice motivo per cui la disapplicazione del diritto interno, che fa cadere la sola proroga, è impedita in ragione della difformità dal diritto comunitario della disciplina di quell'affidamento che residua: non solo perché non è consentita l'ideazione del procedimento ibrido affacciato in giurisprudenza, ma perché anch'esso è comunque incompatibile con la prescrizione comunitaria che dichiaratamente s'intende attuare e che, invece, resta contraddetta.

Per un verso, l'inattuazione dell'art. 12 direttiva n. 2006/123/CE persiste, siccome manca una procedura interna a esso conforme dell'affidamento in concessione di beni demaniali marittimi da parte della p.A.: che si consideri il procedimento previsto dagli artt. 36 s. cod. nav. e 18 reg. att. cod. nav. per quel che è o, con operazione manipolativa assai scorretta siccome *contra legem*, quello ibrido talora ipotizzato dalle Corti, la procedura esperibile secondo il diritto nazionale è e resta incompatibile con la prescrizione comunitaria. Per altro verso, emerge un'ulteriore controindicazione alla disapplicazione se, doverosamente, si scarta il procedimento

ibrido in quanto inammissibile creazione giurisprudenziale ché l'obbligo di tutte le articolazioni dello Stato membro, dunque anche dei giudici oltre che degli apparati amministrativi, di concorrere all'attuazione del diritto comunitario è confinato entro i limiti della funzione di ciascuno; e non legittima l'esercizio di una supponente funzione di supplenza del legislatore da parte dei giudici, qui addirittura parziale e incompiuta e che, prima ancora, non spetta loro, né è auspicabile e men che meno fondata al cospetto di una prescrizione di una direttiva comunitaria che esprime principi che mettono in gioco la discrezionalità legislativa, richiedendo un'operazione attuativa diversa dalla concretizzazione di clausole generali presenti nel discorso oggetto del legislatore la quale partecipa, invece, al metadiscorso interpretativo orientata dalle circostanze del caso. La controindicazione sta in ciò che, esclusa la pertinenza delle regole relative agli appalti pubblici e accantonato il ricordato procedimento ibrido, la disapplicazione della proroga si accompagna, nel diritto interno, a una manifesta lacuna normativa che la interdice, poiché neppure esiste una disciplina nazionale che ammetta la p.A. a indire per l'affidamento in discorso una procedura di selezione dei candidati potenziali in conformità dell'art. 12 della direttiva *Bolkestein*, posto che gli artt. 36 s. cod. nav. e 18 reg. att. cod. nav., dunque lo speciale procedimento da essi delineato, hanno per presupposto di applicabilità (*ex* art. 37 cod. nav.), come si è già notato, "una domanda che perviene dal mercato privato".

Un duplice preclusivo motivo che si riassume nel rilievo che alla disapplicazione della normativa interna (in specie dell'art. 1, co. 682 s., l. n. 145/2018), in opinabile tesi contraria al diritto comunitario (in specie l'art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE o gli artt. 49, 56 e 106 TFUE), che si risolva nella sola caducazione della proroga domestica della durata delle concessioni demaniali marittime non corrisponde nell'ordinamento nazionale una compiuta disciplina conforme che attui le pertinenti disposizioni di principio accolte nel TFUE, tanto meno nella declinazione che di essi si rinviene nell'art. 12 della direttiva *Bolkestein*.

Mancando norme d'azione idonee a delineare un procedimento a evidenza pubblica per l'assegnazione delle concessioni conforme alle prescrizioni della direttiva nell'interpretazione datane dalla CGUE, risulta una lacuna in cui si traduce la difformità che nega la diretta applicabilità della fonte comunitaria nell'ordinamento interno; e, correlativamente, osta alla disapplicazione della normativa domestica in ipotesi con essa incompatibile, fatta salva l'eventuale sanzione nei confronti dello Stato inadempiente all'esito della procedura di infrazione.

Sotto il primo profilo, l'assenza nell'ordinamento interno di un quadro normativo concernente una fattispecie riguardata da una direttiva o da principi comunitari che, composto dalle norme domestiche (se del caso residue all'esito dell'eventuale disapplicazione di quelle contrarie all'ordinamento comunitario e) integrate o sostituite da regole comunitarie, sia compatibile con il diritto comunitario e completo con riguardo a tutti gli aspetti da quest'ultimo toccati in relazione alla fattispecie di riferimento nega il carattere *self-executing* di quella direttiva o di quei principi. In mancanza di un tale quadro, finito e conforme, difetta il presupposto che rende tanto l'una quanto gli altri effettivamente di per sé applicabili senza che si diano lacune normative, né margini di discrezionalità del legislatore nazionale. Il che rivela un'ulteriore ragione di critica alla creazione giurisprudenziale del procedimento ibrido di cui si è scritto, che costituisce un esempio d'impiego alquanto semplicistico del criterio di specialità che si traduce in una conclusione scorretta. Tra l'altro, s'ignora infatti sia l'ineludibile necessità di passare per un rigoroso scrutinio della compatibilità del procedimento speciale che si accrediti esperibile con la direttiva o con i principi comunitari che la procedura dovrebbe attuare; sia che la difformità reca l'esclusione della diretta applicabilità delle regole comunitarie in discorso per l'assenza di idonee norme di azione. Tant'è che, ipotizzato l'avviso posticcio che la giurisprudenza forgia e aggiunge al diritto posto, per un verso, qualora si tratti di un annuncio generico, che si limiti cioè a informare che un dato bene demaniale è suscettibile di essere affidato in concessione per sollecitare domande

di assegnazione, il distacco dal modello legislativo domestico è meno marcato, ma i pertinenti canoni del diritto comunitario sono del tutto trasgrediti. Per altro verso, qualora l'avviso assuma più specifici e dettagliati contenuti non soltanto, come si è già osservato nei precedenti paragrafi, detti canoni restano inattuati, ma si aggiungono altri difetti perché, a esempio, la lontananza dal detto modello diviene assai marcata in conseguenza d'uno *jus facere* che eccede i limiti della funzione giurisdizionale; mancando norme di azione che prevedano l'atto, difettano pure quelle che ne tipizzino il contenuto che, dunque, non è neanche vincolato a un predefinito prototipo generale e astratto e, in relazione a esso, omogeneo, bensì lasciato incognito dalle singole Corti che si richiamano all'avviso senza, del resto, poterne dettare lo schema; l'accennata lontananza si traduce in una procedura discrasica rispetto al procedimento originale che l'introduzione dell'avviso altera, tanto da invertirne il senso come si è segnalato, ciò che avverte che il ricorso al criterio di specialità non soccorre, non conduce affatto a cogliere nelle regole di quel procedimento una disciplina attuativa dell'art. 12 della direttiva *Bolkestein*, ma anzi esclude che a esse si possa guardare in tale prospettiva.

Sotto il secondo profilo, la disapplicazione, in specie della disciplina interna di proroga della durata delle concessioni demaniali marittime, è strada impraticabile poiché non conduce all'attuazione del diritto comunitario, mentre pregiudica la certezza del diritto e le prerogative del legislatore nazionale. La caducazione di quel pezzo del diritto domestico non si accompagna all'innesto di limpide regole comunitarie che non comportino alcuna discrezionalità nella fase di loro trasposizione, poiché la disapplicazione fa leva su regole di principio di cui lascia incompiuta l'attuazione, che ne esige la specificazione che si compie operando una scelta discrezionale tra alternativi comportamenti, atti, termini, strumenti riservata ai legislatori municipali. Inoltre, non solo la caducazione in discorso lascia dunque vuoti che è incapace di colmare, ma lascia altresì sopravvivere una restante normativa domestica incompatibile con il diritto comunitario: infatti, cade la proroga, ma resi-

dua un procedimento che, da un lato, non è pertinente perché di per sé configurato sul presupposto di "una domanda che perviene dal mercato privato"; e, dall'altro, è comunque difforme, persino a voler considerare la procedura ibrida frutto della creatività giurisprudenziale. E d'altro canto, se a cagione della ricordata difformità si estendesse la disapplicazione anche alla disciplina del procedimento, si amplierebbe la lacuna che si produce, senza che nell'ordinamento interno resti nulla che possa dirsi attuativo del diritto comunitario, risultando viceversa frustrata la finalità che sola fornisce giustificazione all'operazione di accantonamento delle norme nazionali.

9. Un conto è (ritenere) che le concessioni demaniali per il diritto comunitario debbano essere affidate mediante procedura di gara in conformità a esso, altro conto è che in concreto possano esserlo nell'ordinamento interno. La difformità del secondo dal primo qui implica (al più solo) la responsabilità dello Stato per l'infrazione, occorrendo per eliminarla la collaborazione adeguata del legislatore domestico. Per conformare le norme nazionali al diritto europeo in materia di concessioni demaniali (indipendentemente dal fatto che lo s'identifichi nella direttiva n. 2006/123/CE nel cui ambito di applicazione le s'includa o in taluni principi rintracciati al di fuori di tale fonte) occorre istituire procedure comparative basate sui canoni di concorrenza, imparzialità, trasparenza che il diritto comunitario non specifica e che quello interno non contempla con la conseguenza che, per conseguire il risultato, è necessario che si esprima il legislatore nazionale.

Viceversa, il tentativo consumato dalla giurisprudenza di sostituirsi a quest'ultimo, in particolare facendo cadere la sola disciplina interna di proroga della durata delle concessioni demaniali marittime e ideando un procedimento ibrido, si risolve in un'operazione assai scorretta sul piano istituzionale e, inoltre, pure inutile. L'improprietà è fatta palese dall'illustrato circolo vizioso che con tale operazione s'istituisce e su cui essa riposa; e che si serve e si caratterizza per il già segnalato

combinato superamento di due concorrenti limiti che riguardano, da un lato, la diretta applicabilità delle direttive e dei principi comunitari, nonché la disapplicazione del diritto interno, e, dall'altro lato, la stessa funzione giurisdizionale.

In relazione al primo limite, la diretta applicabilità è accreditata nonostante i requisiti da cui dipende pianamente difettino in relazione alle regole comunitarie a cui la si predica, siccome niente affatto incondizionate e sufficientemente precise: tanto più che – a mo' di conferma – esse non forniscono segmenti di disciplina che possano sostituirsi a (tratti di) quella interna in tesi difforme o, comunque, innestarvisi per renderla conforme alle scelte normative comunitarie. E la disapplicazione è praticata sebbene sia preclusa, dunque, dalla mancanza dell'attributo della diretta applicabilità delle regole comunitarie alla cui attuazione è strumentale; lo è pure in assenza dell'ulteriore condizione che all'esito dell'operazione risulti applicabile nell'ordinamento interno un quadro di norme completo e compatibile con esse con riguardo a tutti gli aspetti da esse toccati; lo è, anzi, in presenza di una disciplina nazionale residua che è addirittura incompatibile con esse, che dunque smentisce l'esistenza dell'indicata condizione la cui assenza conferma che non sussiste, concorrendo a negarla, la diretta applicabilità delle regole comunitarie prese a riferimento ai fini della disapplicazione; e si risolve nel dar luogo soltanto a una lacuna che la interdice anche al lume del principio di certezza.

Con riguardo al secondo limite, al superamento dei confini entro cui sono contenute la diretta applicabilità delle regole in discorso e la disapplicazione di norme domestiche strumentale all'attuazione delle prime si sovrappone, aggiungendovisi, il superamento delle frontiere della funzione giurisdizionale. La (inesistente) diretta applicabilità di canoni comunitari s'assume infatti non solo per far cadere pezzi della disciplina nazionale, ma per impiegarli per inventare regole specifiche di diritto interno in esso inesistenti e da quelli non espresse, nel tentativo di accreditare la piena conformità a essi della normativa municipale che residua dopo la parziale sua disapplicazione, alla quale tale corrispondenza è indispensabile poi-

ché l'operazione trova esclusiva giustificazione nello scopo di attuare il diritto comunitario. In particolare, non si fa solo cadere la proroga, ma si idea un (nuovo) procedimento ibrido modificando l'unica disciplina interna del procedimento di assegnazione delle concessioni demaniali marittime aggiungendo un avviso ch'essa non prevede, al pari delle fonti comunitarie che in proposito nulla di specifico dicono (quanto allo strumento, al contenuto, alle modalità, ai termini) ponendo pure regole di principio la cui attuazione è demandata alla discrezionalità dei legislatori nazionali. Sennonché, oltre a rivelarsi non riuscito perché, come si è osservato, il procedimento ibrido è anch'esso incompatibile con i canoni comunitari che non attua e, inoltre, non trova alcuna tipizzazione, neppure nella giurisprudenza che lo ipotizza, il tentativo costituisce una censurabile manipolazione. Infatti, oltre a essergli funzionali il riconoscimento della diretta applicabilità di regole comunitarie prive dell'attributo e l'esercizio della disapplicazione di norme nazionali pur mancandone i presupposti, il tentativo si consuma facendosi leva sulla prima per andare al di là delle sue proprie implicazioni (*i.e* l'applicazione diretta dei canoni comunitari e, se del caso, la disapplicazione delle prescrizioni domestiche): segnatamente, per confezionare *ex novo* norme interne inesistenti tanto nel diritto interno quanto in quello comunitario.

Così che si travalica il limite della funzione giurisdizionale, ledendo le prerogative del legislatore statale da parte della giurisprudenza domestica che gli si sostituisce con la scusa di attuare dettami comunitari, ma in realtà integrando innovativamente la disciplina interna con regole che il diritto comunitario neppure prevede demandandone la formulazione alla discrezionalità dei legislatori nazionali. Con una duplice aggravante. La prima è che l'invenzione di regole originali nega la diretta applicabilità delle fonti comunitarie che l'intera operazione giurisprudenziale in esame presuppone: se per attuare il diritto comunitario c'è bisogno d'una regola specifica che né il diritto comunitario né quello interno contemplano, il diritto comunitario è allora incapace di attuarsi da sé. La seconda sta nella segnalata inutilità

dell'operazione medesima, il cui esito non è affatto la conformazione del diritto interno a quello comunitario, che resta inattuato a cagione della conservazione d'una disciplina domestica con esso, comunque, incompatibile.

Stupisce di certa giurisprudenza l'indifferenza per gli accennati limiti e la superficialità con cui li oltrepassa, ricorrendo a scorciatoie, forzature e omissioni argomentative che sono indici neppure della precomprensione, ma del pre-giudizio del decidente che condiziona l'esito applicativo; e della inconsapevolezza dei, o del disinteresse per i termini che segnano l'area della *iurisdictio*, se non dell'intendimento di accrescere al potere giudiziario spazi del *jus facere* che nel disegno istituzionale sono riservati ad altri organi, su cui cioè insistono le prerogative dei legislatori comunitario e interno, nonché le giurisdizioni comunitaria e costituzionale, che vengono disdicevolmente erose. Un esempio in questo senso è offerto da T.a.r. Toscana, 8.3.2021, n. 363, che ripropone in larga parte fallacie già affacciate da Cons. Stato, Sez. V, 28.2.2018, n. 1219.

Il precedente avalla l'erronea tesi dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato per cui, per la semplice ragione che contrasterebbe con "gli articoli 49 e 56 del TFUE, nonché con i principi eurounitari in materia di libera circolazione dei servizi, di *par condicio*, di imparzialità e di trasparenza, derivanti dalla direttiva 123/2016", l'art. 1, commi 682 e 683, della legge n. 145/2018 andrebbe disapplicato nella parte in cui dispone una proroga della durata delle concessioni di beni demaniali marittimi; il singolo Comune, lungi dal poter adottare provvedimenti ricognitivi dell'estensione della scadenza delle dette concessioni come detto disposta dal legislatore nazionale, dovrebbe "disapplicare le disposizioni di proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere per contrasto alla normativa eurounitaria", sussistendo "l'obbligo per il Comune, appunto, di indire una nuova procedura ad evidenza pubblica per il rilascio dei nuovi titoli". Una tesi a cui alcuni indici avvertivano che conveniva accostarsi con cautela. Non tanto per la prospettiva evidentemente concentrata su un solo interesse egemone, frequentemente

adottata nelle prassi delle Autorità di settore seppure non giustificata, né opportuna se estremizzata, nonostante la natura di enti istituiti con specifici compiti di tutela: ma per l'indistinta menzione, se non confusione tra principi espressi dai Trattati e regole contenute in una direttiva, senza troppo badare alla circostanza che la diretta applicabilità degli uni[62] e dell'altra ha diversi presupposti, più specifici per la seconda; o per la semplicistica allegazione del contrasto, che prova troppo siccome quest'ultimo non basta, non consente senz'altro manipolazioni del diritto interno in nome dell'obbligo di attuazione di quello comunitario, non essendo affatto ignoti casi in cui il giudice nazionale deve arrestarsi a constatare il conflitto.

Il giudicante, però, anziché preoccuparsi di accertare partitamente le condizioni della diretta applicabilità del diritto comunitario e della disapplicazione del diritto interno argomentandone la sussistenza, si solleva da tale onere, seppure ineludibile, preferendo affidarsi all'*escamotage* di porsi dietro lo schermo formale di richiami ad autorevoli precedenti, che fa apparire dirimenti sebbene, in realtà, siano lungi dall'esserlo. Quanto alla prima, è agevole osservare che l'affermazione secondo cui "deve dunque trovare applicazione la Direttiva 2006/123/CE" riposa, per un verso, sul richiamo operato a Corte giust. UE, 14.7.2016, che tuttavia, come si è già accennato, non predica la diretta applicabilità alla fonte; e, per altro verso, sull'idea che essa sia «espressiva di norme immediatamente precettive – in particolare, sotto il profilo della precisa e puntuale "norma di divieto" … di proroga automatica». Un'idea evidentemente fantasiosa. Sia perché nell'art. 12 della detta direttiva non compare alcun divieto, men che meno preciso e puntuale, confondendo la Corte la portata precettiva della regola, che non è proibitiva, bensì prescrittiva di procedure informate ai caratteri – *rectius*: principi – in essa enunciati – e in concreto inesistenti nell'ordinamento interno, per la mancanza di conformi norme d'azione. Sia per-

[62] Sull'obbligo di disapplicazione di una norma nazionale per incompatibilità con il diritto primario, v. già CORTE GIUST. CE, 9.6.1992, causa n. 47/90. Sull'efficacia diretta delle norme in materia di mercato interno in particolare, v. a es. Corte giust. CE, 7.12.2000, causa n. 324/98.

ché, anche a voler ammettere che nella disposizione menzionata sia da leggere l'ipotizzato divieto, è pianamente da escludere che, in relazione a esso, non "occorra alcuna disciplina attuativa di sorta da parte degli Stati membri", data l'esplicita limitazione dell'ambito di applicazione della previsione in discorso alle sole ipotesi in cui il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, postulando accertamenti e valutazioni discrezionali rimessi al singolo Stato membro. Sicché fa radicale difetto la supposta «"norma di divieto", indiscutibilmente dotata di efficacia diretta … [a cui] … il diritto interno è necessariamente tenuto a conformarsi».

Quanto alla disapplicazione del diritto interno, essa è il fine ultimo a cui è strumentale affermazione della diretta applicabilità della citata direttiva. La negazione della seconda, per le ragioni illustrate che trovano corrispondenza nell'inconsistenza dell'argomentazione esaminata, priva la prima della sua indispensabile premessa; e, quindi, basterebbe a escludere pure la ritenuta possibilità di disapplicare il diritto interno in tesi incompatibile. Tuttavia, vale la pena di estendere il vaglio anche alla parte della motivazione con cui il Collegio si assegna il potere di disapplicazione, perché permettere di cogliere il carattere complessivamente approssimativo dell'argomentazione tanto meno giustificabile in ragione dell'ampiezza della caducazione delle norne nazionali che dovrebbe sorreggere. Per il giudicante, infatti, "l'operatività delle proroghe" della durata delle concessioni demaniali marittime "disposte dal legislatore nazionale non può che essere esclusa … con riferimento sia al … d.l. n. 194/2009 …, d.l. 179/2012, e … l. 24 dicembre 2012, n. 228, sia alla … l. 30 dicembre 2018, n. 145".

Anche ai fini della disapplicazione, in particolare di tali disposizioni di proroga, il giudicante si schermisce nuovamente richiamando, innanzi tutto, "la pronuncia del 2016 del giudice eurounitario". Tuttavia, anche concedendo che "la proroga *ex lege* delle concessioni demaniali aventi natura turistico-ricreativa non può essere

generalizzata, dovendo la normativa nazionale ispirarsi alle regole della Unione europea", non appare congruente la congettura che, sulla scorta di Cons. Stato, Sez. V, 28.2.2018, n. 1219, «la proroga legale delle concessioni demaniali in assenza di gara "non puo` avere cittadinanza nel nostro ordinamento"». Si trascura, sui già ricordati piani della portata delle sentenze della Corte del Lussemburgo e del limite per cui il giudice statale deve mantenersi entro i confini dell'attività interpretativa, sia che il precedente comunitario richiamato non ha riguardato la disciplina recata (successivamente) dalla l. n. 145/2018; sia che quest'ultima, sì come dianzi rilevato, rispetto a quella scrutinata dalla CGUE presenta marcate differenze che non le rendono *sic et simpliciter* riferibile il verdetto di incompatibilità con il diritto comunitario espresso con riferimento alla normativa nazionale previgente, ma esigono un nuovo giudizio se si dubiti della conciliabilità della nuova. Soprattutto, si trascura che vi sono ipotesi nelle quali il giudice nazionale deve arrestarsi a constatare il conflitto: che, cioè, un conto è registrare il "contrasto con i principi eurounitari di *par condicio*, imparzialità e trasparenza", mentre altro conto è poter concludere per la diretta applicabilità del diritto comunitario, che ha specifici presupposti, e altro conto ancora è poter disapplicare la normativa interna. E che a tale ultimo scopo si esige, tra l'altro e nel contempo per quanto qui rileva, sia che all'esito della caducazione consti una disciplina compiuta, non lacunosa, realmente realizzativa della finalità di attuazione del diritto comunitario che giustifica la disapplicazione, ossia che non lasci vuoti lesivi del valore della certezza del diritto e risulti conforme al diritto comunitario con riguardo a (tutti) i profili da esso toccati; sia che il giudice nazionale si astenga da precluse opzioni applicative del diritto interne *contra legem* (in relazione, a es., all'ideazione del procedimento ibrido di cui si è scritto).

D'altro canto, l'appropriazione da parte del giudicante di altrui funzioni per farne, peraltro, cattivo governo non riguarda solo la giurisdizione comunitaria, ma pure quella costituzionale. La scorciatoia dei richiami a precedenti autorevoli appa-

rentemente dirimenti, che sembra eletta a tecnica argomentativa nell'errata convinzione che possa mascherare i difetti motivazionali, séguita infatti con la citazione di Corte cost., 29.1.2021, n. 10. Sennonché, tale decisione non soccorre e, anzi, semmai avversa la decisione che la evoca. Infatti, non solo è di per sé impertinente, siccome non riguarda le disposizioni statuali di proroga della durata delle concessioni demaniali marittime, bensì la prosecuzione dei rapporti che su queste ultime riposano prevista da una legge regionale, sicché nulla dice con riguardo alla vigente l. n. 145/2018. Di più: il precedente, per un verso, menziona espressamente la l. n. 145/2018 senza, tuttavia, porne neppure in dubbio la costituzionalità, neppure a livello di *obiter*, ma anzi utilizzandola per argomentare l'illegittimità costituzionale della legge regionale scrutinata, in particolare precisando che proprio la "disciplina statale", di cui dunque sottintende la piena vigenza, "non … legittima… le Regioni a dettare discipline che ad essa si sovrappongano, in un ambito riservato alla competenza esclusiva dello Stato"; e, per altro verso, attesta che la caducazione d'una disposizione legislativa di proroga per la sua supposta illegittimità costituzionale passa per il sindacato di costituzionalità della Consulta investita della q.l.c.

10. Né il giudicante appare più provveduto là dove, seguitando a coltivare la medesima tecnica, richiama la giurisprudenza amministrativa per trarne l'ovvietà che "la sottoposizione ai principi di evidenza trova il suo presupposto … nella circostanza che con la concessione di area demaniale marittima si fornisce un' occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai ricordati principi di trasparenza e non discriminazione"; per affacciarne una ricostruzione secondo cui, per ciò, essa avrebbe "aderito all'interpretazione dell'art. 37 cod. nav. che privilegia … la selezione pubblica nel rilascio delle concessioni demaniali marittime, derivante dall'esigenza di applicare le norme conformemente ai principi comunitari in materia di libera circolazione dei servizi, di *par condicio*, di imparzialità e di trasparenza, sanciti dalla direttiva

123/2016, essendo pacifico che tali principi si applicano anche a materie diverse dagli appalti"; e per concludere che "[a] fronte dell'intervenuta cessazione del rapporto concessorio … il titolare del titolo concessorio … può vantare un mero interesse di fatto a che l'amministrazione proceda ad una nuova concessione" che, nel caso, "in aderenza ai principi eurounitari della libera di circolazione dei servizi, della *par condicio*, dell'imparzialità e della trasparenza, ai sensi del novellato art. 37 cod. nav., è tenuta ad indire una procedura selettiva", sicché "l'operatività delle proroghe disposte dal legislatore nazionale non può che essere esclusa".

Tuttavia, nessuno dei due precedenti richiamati a sostegno dell'ovvietà sorregge la ricostruzione e, tanto meno, la conclusione, risultando entrambi inconferenti. Cons. Stato, Sez. VI, 31.1.2017, n. 394, riguarda l'ipotesi dell'occupazione abusiva del demanio marittimo negando che sia fonte di un'aspettativa giuridicamente rilevante all'ottenimento della concessione, limitandosi a tal fine a evocare genericamente la necessità di "una procedura comparativa ad evidenza pubblica" senza però indicare quale debba essere e neanche menzionare l'art. 37 cod. nav. o la direttiva n. 2006/123/CE. Cons. Stato, Sez. VI, 25.1.2005, n. 168, per parte sua, concerne il diritto di insistenza del precedente concessionario[63], anziché la diversa vicenda della proroga della durata della concessione disposta dal legislatore domestico; nega quel diritto operando in chiave effettivamente soltanto interpretativa, astenendosi dall'invenzione di nuove norme, e in aderenza alla giurisprudenza comunitaria sulla disapplicazione del diritto interno, facendo cadere solo la norma che contemplava l'"insistenza" senza determinare vuoti; a tal fine fa diretta applicazione di principi dei Trattati dell'UE, ritenuti sufficienti a determinare l'indicata caducazione, mentre neppure menziona la direttiva *Bolkestein* che è successiva; non può dunque portarsi a esempio de "l'interpretazione dell'art. 37 cod. nav. che privilegia … la selezione pubblica … conformemente ai principi … sanciti dalla direttiva

[63] Sull'istituto e le sue vicende, v. CASSESE [S.], *Concessione di beni pubblici e diritto di insistenza*, in *Gior. dir. amm.*, 2003, 355 ss.

123/2016";

applicando principi dei Trattati autosufficienti al limitato fine di far cadere la previsione interna del diritto di insistenza ed essendo di là da venire la detta direttiva, neppure si occupa della conformità a tale fonte della disciplina nazionale sopravvissuta alla caducazione, neanche ponendosi la questione se la seconda potesse dirsi pienamente attuativa della prima sotto tutti i profili toccati dalla direttiva in allora non ancora adottata, quale presupposto legittimante la disapplicazione del diritto interno incompatibile con quello comunitario che in tanto si giustifica ed è praticabile in quanto conduca all'attuazione di quest'ultimo senza vuoti normativi.

Ciò introduce al principale *deficit* del precedente che, sulle orme di Cons. Stato n. 1219/2018, omette di verificare l'aderenza al diritto comunitario della procedura domestica di assegnazione delle concessioni di cui si tratta: se, cioè, le norme municipali al riguardo applicabili gli corrispondano all'esito della disapplicazione di segmenti del diritto nazionale, di modo che quest'ultima realizzi la finalità di attuarlo che ne è ragione giustificativa, senza che l'interprete possa a tal fine integrarle inserendo regole appositamente da lui ideate. Così, il reiterato riferimento – nella ricostruzione e nella conclusione del giudicante – alla "conform[ità]", all'"aderenza" "dell'art. 37 cod. nav." "ai principi comunitari" o "eurounitari", non ostante il ruolo di puntello vitale dell'argomentazione, resta un'ipotesi inesplorata, una vuota congettura del tutto apodittica, prima che errata stante l'incompatibilità con gli evocati principi del procedimento previsto dall'art. 37 cod. nav., persino nella versione ibrida partorita da certa giurisprudenza amministrativa. D'altro canto, non si tratta di un difetto isolato, aggiungendosene altri nel passaggio dall'ovvietà alla ricostruzione e, poi, alla conclusione infirmata dal giustificazionismo che la contrassegna. Così è incongruo muovere dal "mero interesse di fatto … ad una nuova concessione" in caso di "intervenuta cessazione del rapporto concessorio" per argomentare che "non può che essere esclusa" "l'operatività delle proroghe disposte dal legislatore nazionale", per l'evidente ragione che esse negano la vicenda posta in premessa.

Così pure l'ovvietà, in sé condivisibile, inclina a limitare i casi "sottopos[ti] ai principi di evidenza" ai soli in cui "la concessione … fornisca un' occasione di guadagno" essendo i secondi funzionali ad assicurare la contendibilità dell'"area demaniale marittima" che possa interessare a più "soggetti operanti sul mercato", ossia la concorrenza tra questi: ma l'ovvietà smentisce, contraddicendola, l'idea di "scarsità della risorsa" nel seguito affacciata dal Collegio che parrebbe indurlo a ritenere che tale carattere vada "inevitabilmente" predicato alle spiagge.

Tale ultimo profilo è rilevante perché la scarsità delle risorse naturali è presupposto oggettivo di applicazione dell'art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE, in particolare quando, in alternativa alle capacità tecniche utilizzabili, implichi che sia limitato il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività. In proposito, per il Collegio sarebbe "indicativo della scarsità della risorsa in oggetto" che "le spiagge sono beni naturali il cui numero è ontologicamente limitato". Di là del fatto che non sembra che tale radicale assunto si modelli su Cons. Stato, Sez. IV, 16.2.2021, n. 1416, né sulla già citata lettera di messa in mora della Commissione UE entrambi celebrati dal Collegio perseverando nella tecnica argomentativa per richiami, l'inferenza prospettata appare in ogni caso incongrua: sul piano logico e della più elementare insiemistica, si confonde la finitezza con la scarsità delle componenti di un aggregato; sul piano delle più rudimentali cognizioni economiche, s'ignora la nozione di scarsità notoriamente legata (all'insufficienza quantitativa in rapporto) alla richiesta o, se si preferisce, agli impieghi; sul piano normativo, si trascura la *ratio* pro-concorrenziale e il contenuto del citato art. 12 che, proprio con riguardo alle risorse naturali, ne profila la scarsità come una eventualità che, dunque, non è affatto "inevitabilmente" predicabile alle spiagge. La nozione di scarsità impiegata dal legislatore comunitario, stante l'accennata finalità della disposizione in cui si rintraccia, in altri termini attinge alla scienza economica e allude alla rilevanza della risorsa naturale per il mercato che, indipendentemente dalla finitezza della ca-

tegoria a cui appartiene, va verificata in concreto; e ben può far difetto in caso di beni poco o nulla appetibili, specie per l'esercizio di attività "suscettibile di apprezzamento in termini economici" e, segnatamente, di "attività turistico-ricreative", per le più disparate ragioni concernenti, a esempio, l'accessibilità, la fruibilità, l'inospitalità, la carenza di infrastrutture e servizi, per cui la concessione della cosa ben può darsi che non "fornisca un' occasione di guadagno" apprezzabile o, comunque, non ponga l'esigenza di assicurarne la contendibilità. Il che, tra l'altro, spiega e giustifica, facendone emerge la ragionevolezza, la scelta operata dalla l. n. 145/2018 di contemplare attività di accertamento e di valutazione discrezionale preliminari e strumentali all'applicazione del diritto comunitario e, innanzi tutto, della direttiva n. 2006/123/CE; nonché, correlativamente, la proroga della durata delle concessioni già rilasciate, nelle more del compimento di tali attività.

Non si tratta, peraltro, dell'unico fallo in cui il giudicante cade arruolando Cons. Stato n. 1219/2018 nella schiera dei precedenti autorevoli apparentemente dirimenti dietro cui schermisce la propria decisione. Con tale rievocazione, T.a.r. Toscana n. 363/2021 allunga la scorciatoia dei richiami eletta a tecnica argomentativa, ma anche la stringa degli errori in cui incorre, ripetendo i non pochi che si rintracciano nella citata sentenza del giudice dell'appello contro i propri verdetti. Così, si crede utile a sorreggere la decisione in esame riproporre l'osservazione che "le statuizioni della Corte di Giustizia, le quali chiariscono il significato e la portata di una norma del diritto dell'Unione, possono e devono essere applicate anche a casi diversi rispetto a quelli oggetto del rinvio", che però prova troppo trascurandosi che la diversità del "caso" scrutinato da quella Corte (segnatamente Corte giust. UE, 14.7.2016) non riguarda solo il fatto, ma la normativa nazionale considerata; e che la *vis espansiva* delle sentenze interpretative di disposizioni comunitarie del giudice del Lussemburgo non implica che l'incompatibilità con il diritto comunitario da essa predicata a una particolare norma interna si estenda, né possa estendersi a un'altra, diversa prescrizione domestica. Così come, per la stessa ragione, non serve

a sostenere la decisione ridire che "la disapplicazione (rectius, non applicazione) della norma nazionale confliggente con il diritto eurounitario, a maggior ragione se tale contrasto è stato accertato dalla Corte di giustizia UE, costituisca un obbligo per lo Stato membro in tutte le sue articolazioni e, quindi, anche per l'apparato amministrativo e per i suoi funzionari" ; che "è fatto obbligo al dirigente che adotta il provvedimento sulla base della norma nazionale (o regionale) di non applicarla (in contrasto con la norma eurounitaria di riferimento)" ; e che "la non applicazione della disposizione interna contrastante con l'ordinamento comunitario costituisce un potere-dovere, per il giudice, che opera anche d'ufficio …, al fine di assicurare la piena applicazione delle norme comunitarie". Anche a condividere *tels quels* e per intero questi assunti, la loro irrilevanza sul piano argomentativo riposa sulla circostanza poc'anzi indicata che la giurisprudenza comunitaria non si è punto pronunciata sulla compatibilità con il diritto comunitario della disciplina delle concessioni demaniali marittime contenuta nella l. n. 145/2018; e, inoltre, su due ulteriori considerazioni.

La prima è che il Collegio si limita a evocare l'incompatibilità della citata disciplina con le regole comunitarie fondandola erroneamente solo su un richiamo a una giurisprudenza comunitaria impertinente. Depurata dell'abbaglio, l'argomentazione dell'incompatibilità risulta del tutto carente poiché, anche ad ammettere che il giudicante possa direttamente accertare il contrasto senza investire altre giurisdizioni sollevando le appropriate pregiudiziali, qui egli si schermisce dietro un precedente inconferente rinunciando ad autonomamente delineare in modo specifico i termini del conflitto normativo. La comoda scorciatoia si risolve, dunque, in una omissione tanto più grave perché, come si è osservato, è assai opinabile e, anzi, apparentemente da escludere che la nuova disciplina recata dalla l. n. 145/2018 sia inconciliabile con la direttiva *Bolkestein*: atteso che la prevista proroga della durata delle concessioni è inserita in un contesto di articolate disposizioni il cui

contenuto denota l'intendimento del legislatore di conformare l'ordinamento domestico al diritto comunitario ed è obiettivamente coerente con tale finalità, si rivela ineludibile e gravoso l'onere di illustrare con puntuali e persuasivi argomenti le ragioni del preteso contrasto con regole comunitarie di un intervento normativo che riflette scelte discrezionali che, per un verso, sono rimesse dalla direttiva stessa al legislatore nazionale; e, per altro verso, si traducono in un catalogo, che parrebbe ragionevole, di attività di accertamento e di valutazione preliminari e strumentali all'applicazione di quest'ultima[64]. La seconda considerazione sta in ciò che difettano nella specie entrambi i presupposti di esercizio del "potere-dovere" di "non applicazione della disposizione interna" che il giudicante menziona: non soltanto, come si è appena rilevato, difetta l'argomentazione del postulato "contrast[o] con l'ordinamento comunitario", ma non è neppure realizzato, all'esito del"la non applicazione della disposizione interna ⋯, [i] fine di assicurare la piena applicazione delle norme comunitarie" che giustifica la disapplicazione, perché si è già osservato che, quand'anche si faccia cadere la proroga della durata delle concessioni demaniali marittime contemplata dalla l. n. 145/2018, l'art. 12 della direttiva *Bolkestein* rimane inattuato e, anzi, resta applicabile una disciplina interna del procedimento incompatibile con il diritto comunitario.

T.a.r. Toscana n. 363/2021 è, dunque, esempio d'una giurisprudenza che opera disinvolto riferimento ai principi comunitari; e che non si mantiene nell'ambito dell'interpretazione, casomai orientata dalla Carta costituzionale e dal diritto comunitario quali canoni che instradano nell'assegnazione di senso alle disposizioni dettate dal legislatore nazionale per trarne norme se possibile conformi all'una e all'altro, ma ne travalica i confini, facendosi protagonista d'un sindacato che insiste su quelle disposizioni e, così, via via della predicazione

[64] Per un precedente che reputa "non palesemente incompatibile con i principi eurocomunitari" norme interne di conservazione dei rapporti concessori relativi a beni demaniali marittimi successive alla disciplina scrutinata da Corte giust. UE, 14.7.2016, v. a es. T.a.r. Liguria, Sez. I, 2.3.2017, n. 156.

d'incostituzionalità, della valutazione di compatibilità con "principi" comunitari, della riconfigurazione della legislazione caducandone parti e ideandone segmenti. Altra giurisprudenza[65], per vero, s'è orientata in opposta direzione rigettando l'erronea tesi dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato avallata da T.a.r. Toscana n. 363/2021: ma anch'essa, seppure condivisibile là dove nega che vi siano regole comunitarie direttamente applicabili nell'ordinamento interno che consentano la disapplicazione delle disposizioni della l. n. 145/2018 di proroga della durata delle concessioni demaniali marittime, approda a tale conclusione con un percorso argomentativo poco convincente, se non senz'altro superficiale.

11. La giurisprudenza amministrativa pare, fin qui, essersi mostrata incapace di maneggiare attendibilmente il delicato rapporto tra ordinamenti, il diritto comunitario in relazione al diritto interno e il diritto interno in relazione al diritto comunitario, ma anche l'altrettanto delicato rapporto tra giurisdizioni e quello tra poteri dello Stato. Si è così, tra l'altro, alimentato l'insopportabile fenomeno della c.d. *judicialization of politics*[66] di cui, stando alle notizie di stampa, si è fatta partecipe, se non protagonista una parte della magistratura addirittura requirente, rendendosi artefice di iniziative eufemisticamente irrituali che hanno "orientato" (influenzato o, senz'altro, condizionato) la discrezionalità della p.A. nell'adozione di atti amministrativi comunali avversativi della proroga legislativa della durata delle concessioni demaniali marittime. Non si tratta di negare il ruolo della precomprensione nell'interpretazione, né di semplicemente rievocarne i confini ben messi da tempo a fuoco[67], bensì di richiamare il ruolo essenziale che nello Stato di diritto riveste il po-

[65] V. T.a.r. Puglia, Lecce, Sez. I, 29.6.2021, n. 981.
[66] Sui caratteri, per tutti, v. HIRSCHL [R.], *The Judicialization of Politics*, in R.E. GOODIN [ed.], *The Oxford Handbook of Political Science*, New York, 2009, 253 ss., e, *amplius*, ID., *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge [Mass.] e London, 2004.
[67] Fissati anzitutto dal noto canone metodologico *sensus non est inferendus, sed efferendus* e dalla collegata ricostruzione del circolo ermeneutico incentrata sulla complementarietà concorrente: v.,

tere giudiziario, chiamato a esercitarlo con scrupolo e, in primo luogo, a osservarne con premura i limiti, evitando la scusa della complessità della contemporaneità per travalicarli e abbandonare il compito.

Non convengono, a quel ruolo, sentenze frettolose in cui il verdetto, specie se su questioni spinose di notevole impatto economico e, dunque, rilevanti per il diritto dell'economia, sia affidato neppure alla precomprensione, ma all'ideologia dell'interprete di volta in volta chiamato a pronunciarsi svincolata dal rigore tecnico nella decisione e nell'argomentazione di essa che, specie nell'attuale contesto, non giova al recupero di credibilità e autorevolezza della magistratura. Per ciò e poiché *le climat contribue infiniment à modifier l'esprit*[68] è da guardarsi con favore al provvedimento presidenziale[69] che ha disposto il deferimento delle delicate questioni che si è tentato di tratteggiare all'Adunanza plenaria, che si offre come occasione per un loro meditato ripensamento.

Tanto più che l'innegabile rilievo che dev'essere riconosciuto all'effettività[70] non deve però trasformarla in un idolo in nome del quale all'interprete tutto è consentito, essendo altrettanto indubbio il ragguardevole ruolo della forma[71], che non le è senz'altro alternativa; della quale essa non può neppure fare senz'altro a meno, ma conviene anzi che si serva; che concorre alla sostanza, almeno quale causa immanente di determinazione; e che si fa strumento di stabilità e prevedibilità o, se si preferisce, della già accennata calcolabilità, dunque particolarmente importante posto che, almeno dal secondo dei due trattati di John Locke[72], l'introduzione della *predictability* segna il passaggio dallo stato di natura a ciò che lo segue, allo stato ci-

rispettivamente, BETTI [E.], *L'ermeneutica come metodologia generale delle scienze dello spirito*, Città Nuova, 1987, 121 ss., e ID., *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, cit., 35.

[68] MONTESQUIEU, *Essai sur les causes qui peuvent affecter les esprits et les caractères*, in *Mélanges inédits*, Bordeaux e Paris, 1892, 109 ss. e, ivi, 117.

[69] Cons. Stato, decr., 24.6.2021, n. 160.

[70] V. VETTORI [G.], *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020.

[71] V. ORLANDI [M.], *Introduzione alla logica giuridica*, Bologna, 2021.

[72] *Two Treatises of Government*, London, 1690, ma 1689, §§ 135 ss.

vile, al diritto positivo, allo Stato di diritto[73]. Anche per ciò, a idolatrare l'effettività non può neanche piegarsi l'elogio d'una giustizia per principi[74], la cui apologia sembra sottintendere la convinzione che i principi rispetto alla normazione per fattispecie abbiano una più spiccata attitudine a realizzare la giustizia che, però, assume una caratterizzazione marcatamente soggettiva; risente pesantemente della discrezionalità dell'interprete, di cui sono dilatati ruolo e influenza, fino al limite dell'autoreferenzialità; è consegnata di volta in volta nelle mani del singolo decidente; si precisa e concreta in verdetti specifici le cui cifre sono la casualità e l'imprevedibilità.

Se già il ruolo dei principi in seno all'interpretazione si associa a una funzione orientativa che, indiscutibile, non ha tuttavia uno svolgimento piano ché si pongono questioni relative, a esempio, al loro ordinamento e bilanciamento[75], ben più problematico è assegnare loro il compito di fonte immediata della regola del caso: indipendentemente dal peso che s'inclini ad assegnare alla calcolabilità della decisione, alle indicate cifre si associano esiti applicativi critici nella prospettiva della *rule of law*, che[76] può tollerare una giustizia per principi solo episodicamente; e in ossequio alle scelte del legislatore, costituzionale e ordinario, facendo applicazione di quelli che quest'ultimo abbia selezionato – esplicitamente enunciandoli specificamente o richiamandone categorie – per colmare lacune normative là dove una disciplina della fattispecie non sussista (e, dunque, anche qualora non più

[73] Cfr. RAZ [J.], *The Rule of Law and its Virtue*, 93 [1977] *LQR* 195 ss.; DORF [M.C.], *Prediction and the Rule of Law*, 42 [1995] *UCLA L. Rev.* 651 ss.; BINGHAM [T.], *The Rule of Law*, London, 2011, § 3; a *clear rules laid down in advance* si riferisce COLLINS [H.], *The Rule of Law and the Charter of Fundamental Right as a Source of European Private Law*, in S. GRUNDMANN e M. GROCHOWSKY [eds.], *European Contract Law and the Creation of Norms*, Cambridge – Antwerp – Chicago, 2021, 73 ss. e, ivi, 81.

[74] V., ora, LIPARI [N.], *Elogio della giustizia*, Bologna, 2021.

[75] Sulla loro molteplicità, in uno con quella delle nozioni e degli usi, per tutti v. ALPA [G.], *I principi generali*, II ed., 2006, Milano, *passim*.

[76] Al di fuori di talune concezioni che, peraltro, la stessa dottrina da cui sono affacciate trasparentemente avverte che hanno carattere normativo: v. a es. le proposte che trascendono in una *political theory* di ALLAN [T.R.S.], *Legislative Supremacy and the Rule of Law: Democracy and Constitutionalism*, in *Cambridge L.J.*, 1985, 111 ss., spec. 121, 124 s., e ID., *Legislative Supremacy and Legislative Intention: Interpretation, Meaning, and Authority*, *ivi*, 2004, 685 ss.

sussista perché caducata a causa del suo contrasto con principi espressi da una fonte di rango superiore, ma all'esito allora d'un sindacato che non può compiersi ledendo le prerogative degli organi a cui sia riservato, né eccedere i limiti entro i quali la caducazione è altrimenti confinata). Del resto, indipendentemente dall'opinione che si abbia sulla distinzione tra principi e norme[77], non occorre affermare che gli uni integrino le altre per escludere che si possano contrapporre la giustizia per principi e il diritto delle fattispecie e riservare quella a quelli: indipendentemente dall'idea di giustizia che si abbia, appare eccessivamente radicale la supponenza da parte dell'interprete dell'incapacità dei legislatori di formulare modelli normativi giusti, non potendosi certo assumere una volta per tutte l'ingiustizia del diritto, ma semmai criticare il *jus condito* e diversamente proporre *de iure condendo*. Tanto più ove si convenga che il contributo del diritto alla ragion pratica, alla moralità (o alla giustizia), non sta nel decidere cosa sia giusto e ingiusto, ché il diritto non si esprime tanto sulla giustizia di una scelta quanto sulla sua legittimità[78].

A ciò conviene aggiungere che il ruolo dei principi e quello dell'interprete quanto alle manipolazioni che compia in loro nome devono confrontarsi con la funzione legislativa a cui è demandata la loro declinazione. L'impiego dei primi non può spingersi fino al punto di contrastare le *policies* del legislatore, salvo il vaglio di costituzionalità delle scelte di quest'ultimo al lume dei principi costituzionali nelle forme debite in cui deve compiersi. Sicché, anche sotto questo profilo emerge l'accennata limitata tolleranza della *rule of law* per una sorprendente giustizia per principi rimessa all'interprete, il disinvolto ricorso del quale a essi appare tanto più inadeguato e censurabile nella prospettiva del diritto comunitario. L'uso dei principi

[77] Sulla questione v., a es., IRTI [N.], *I "cancelli delle parole". Intorno a regole, principi, norme*, Napoli, 2015; ID., *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 36 ss.; VETTORI [G.], *Regole e principi. Un decalogo*, in *Persona e mercato*, 2016, 124 ss.; ID., *La forza dei principi. Ancora un inizio*, *ivi*, 2019, 3 ss.; CATAUDELLA [A.], *Nota breve sulla fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 245 ss.; PINO [G.], *I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2011, fasc. 11, 75 ss.

[78] V. DORFMAN [A.] e HAREL [A.], *Law as Standing*, in GREEN [L.] e LEITER [B.] eds., *Oxford Studies in the Philosophy of Law*, v. 4, 2021, § 4.

quale fonte immediata della regola, persino se informato a prudenza e rigorosa ponderazione, non solo si rivela particolarmente delicato e problematico ove avvenga in contesti in cui tanto la legislazione quanto la giurisdizione siano multilivello e in cui si confrontino principi diversi o anche soltanto differentemente concepiti, ordinati e bilanciati, ma risulta inadeguato rispetto all'obiettivo di armonizzazione degli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione europea[79]. Il che appare tanto meno compatibile con le esigenze proprie del diritto dell'economia che richiede paradigmi normativi adeguatamente formalizzati già a livello di *rules on paper* al fine di favorire in fase di *enforcement* l'uniformità delle *rules in practice* (o *in action*) rilevanti per il mercato nelle diverse esperienze nazionali, per la quale passa la realizzazione dell'obiettivo di renderlo realmente comune a queste ultime.

A venire in rilievo non è la mera europeizzazione in modo ordinato dei diritti nazionali che può ancora congedarsi come un epifenomeno, casomai collocandolo tra i principali, della produzione normativa eurounitaria, bensì la stessa ragion d'essere del diritto comunitario alla cui frustrazione concorrono notevolmente le disarmonie tra gli interpreti. L'uso dei principi contenuti in fonti comunitarie in funzione creativa, anziché solo interpretativa da parte delle singole Corti reca pianamente il rischio che li si evochi per trarne e accreditare di volta in volta regole da ciascuna ideate e diverse non solo nei differenti ordinamenti statuali, ma persino all'interno della medesima esperienza nazionale, in contrasto con quell'obiettivo. Né alla libera, disordinata fuoriuscita delle regole dai cancelli delle parole del legislatore pone un appropriato argine l'intervento nomofilattico di singole Corti di ultima istanza, naturalmente tardivo, siccome si registra *a posteriori*; addirittura accidentale, per l'abitudine del giudice di più basso livello d'incaricarsi di intraprendenti manipolazioni, anziché sollevare le pertinenti pregiudiziali; incapace di elidere le dif-

[79] Sulla finalità e i modi di sua attuazione, tra gli altri, v. BASEDOW [J.], *EU Private Law. Anatomy of a Growing Legal Order*, Cambridge – Antwerp – Chicago, 2021, 2 ss., 75 ss.

ferenze tra ordinamenti, diversamente dalle pronunce della Corte di giustizia[80] interpretative e applicative del diritto comunitario sia primario espresso dai trattati sia derivato posto innanzi tutto da regolamenti e direttive, ma anche di quello complementare composto dalla giurisprudenza della CGUE, dai principi generali del diritto comunitario da essa elaborati e dal diritto internazionale applicabile all'UE e agli Stati che ne sono membri con essa compatibile, inclusi i diritti fondamentali (riconducibili al diritto comunitario in parte primario, *ex* art. 6, co. 1, TUE, e in parte complementare, *ex* art 6, co. 3, TUE).

Tale difetto si somma a quello, dianzi segnalato, dell'invasivo passaggio da parte della giurisprudenza dal *jus dicere* al *jus facere* riservato al legislatore, erosivo o senz'altro ablativo delle competenze di quest'ultimo per via della sostituzione dell'una all'altro nella funzione di creare regole generali e astratte del tutto nuove; ed è un vizio, quest'altro, particolarmente evidente nel caso in considerazione. L'indebita supplenza e, anzi, contraddizione risaltano infatti maggiormente se l'invenzione della regola non sopperisca neppure alla mancanza di un modello legislativo esplicito, bensì il giudicante alteri una disciplina esistente aggiungendo prescrizioni a essa estranee o addirittura contrarie che ne alterino il senso fino a invertirlo; se, a maggior ragione, si faccia a tal fine leva su enunciati generici presenti a mo' di principi in una direttiva comunitaria, che disvelano che non le è proprio il per essa anomalo carattere *self-executing* e, all'incontro, la naturale dipendenza della sua efficacia nell'ordinamento interno da un necessario atto con cui il legislatore municipale, insostituibile dall'occasionale giudice, eserciti la propria discrezionalità nel declinarli; se, addirittura, esista un modello legislativo, la cui supposta contrarietà a quegli enunciati generici contenuti in una direttiva che attende attuazione legislativa, lungi dal legittimare il giudice ad abbandonarlo, costituisce ulteriore ele-

[80] Cfr., a es., WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA [A.], *Potential and Hurdles for the CJEU's Jurisprudence in Domestic Legal Orders. A Polish Case Study*, in S. GRUNDMANN e M. GROCHOWSKY [eds.], *op. cit.*, 269 ss. e, ivi, 270 e *passim*; sulla *negative harmonisation* in particolare, v. BASEDOW [J.], *op. cit.*, 75 ss.

mento normativo che gli impone di applicarlo (e, tutt'al più, di limitarsi a sollevare le previste pregiudiziali dinanzi agli organi istituzionalmente deputati a conoscere dell'ipotizzato contrasto, che deve arrestarsi a denunciare), fatta salva l'infrazione del diritto comunitario da parte dello Stato inadempiente che, una volta che sia debitamente accertata, lo espone alla connaturata sanzione.

Del resto, la giurisprudenza della Corte del Lussemburgo non soltanto, come si è già accennato, non consente al giudice domestico di manipolare il diritto interno al fine di conformarlo a quello comunitario ideando precetti *contra legem*, ma lascia intendere che esiste un rapporto circolare di reciproca interferenza o, senz'altro, di mutua limitazione tra il diritto primario e i suoi principi, da un lato, e, dall'altro, il diritto derivato; che, per un verso, la collocazione dei Trattati al vertice della gerarchia delle fonti comunitarie (cioè la loro supremazia) esclude che i principi che dettano possano essere derogati da norme di diritto derivato[81]; che però, ossia per altro verso, questi ultimi assumono carattere sussidiario rispetto al diritto derivato che li declini dando loro concreta espressione e costituendone il mezzo di attuazione[82]. Un principio, ancorché contenuto nei Trattati, non trova cioè immediata applicazione negli ambiti in cui sia già concretizzato da fonti di diritto derivato, non essendo consentito far leva sul primo per ricavarne precetti diversi, anche soltanto ulteriori in confronto a quelli posti dal secondo da applicarsi ai casi, rapporti, materie che risultino disciplinati dalle dette fonti anziché non regolati[83]. E, d'altro canto, anche la giurisprudenza domestica più attenta ha cura di avvertire sia che non è permesso al giudice di condursi fino al punto di sostituire il testo della

[81] V., a es., TRIB. CEE, 10.7.1990, causa n. 51/89.
[82] Con questo limite l'obbligo di disapplicazione di una norma nazionale per incompatibilità con il diritto primario può operare anche s'essa riguardi un settore oggetto di armonizzazione: cfr. Corte giust. CE, 9.6.1992, cit.
[83] In tema, cfr. pure D'AMICO [G.], *Appunti per una dogmatica dei principi*, ne *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole. Studi* a cura di G. D'AMICO e S. PAGLIANTINI, Torino, 2018, 1 ss.

norma con altro ritenuto (a torto o a ragione) più appropriato[84]; sia che l'eccesso di potere giurisdizionale del Consiglio di Stato per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore è pianamente configurabile qualora il giudice speciale, anziché applicare una norma esistente, ne accrediti una da lui creata esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete e che ne rende la decisione suscettibile di cassazione[85].

L'arte del giudicare non tollera arbitrii eversivi[86] né una *jurisprudence de sentiment*[87]. Non occorre congedare come un'anacronistica concezione romantica del diritto la definizione celsina di esso (*ius est ars boni et aequi*) che riecheggia in Ulpiano e ridimensionare o, senz'altro, denigrare e consegnare al passato il ruolo dei *sacerdotes iuris* ch'egli tratteggia[88]. Né si tratta di rilevare che quel ruolo non è riferibile ai giudici, tanto meno in un moderno Stato di diritto in cui alla *rule of law* s'intenda assegnare e riconoscere il compito sostanziale di effettivo, reale limite. Nella prospettiva della rilevanza del *self-restraint* a presidio dei delicati equilibri istituzionali, è sufficiente osservare che persino all'interno della speculazione ulpianea la testimonianza della dedizione dei giuristi alla *iustitia* e all' *aequum* si accompagna alla definizione della, e al rilievo attribuito alla (*iuris*) *prudentia*[89] che, per il Cicerone del *De officiis*, separa *ius* e *iniuria*[90] ed è intimamente connessa con la *iustitia*[91] che contrassegna il *bonus vir* e il *prudens*[92]. E che le Corti non s'inscrivono

[84] V. Cass., 9.7.2021, n. 19618.
[85] V. Cass., Ss.Uu., 7.7.2021, n. 19244.
[86] Sulla distinzione tra discrezionalità interpretativa e arbitrio, per tutti ALPA [G.], *L'arte di giudicare*, cit., viii e *passim*.
[87] V. GÉNY [F.], *La technique législative dans la Codification civile moderne (à propos du centenaire du code civil)*, ne *Le Code civil 1804 - 1904. Livre du centenaire*, II, Paris, 1904, 989 ss.; ID., *Méthode d'interpretation et sources en droit privé positif - Essai critique*, t. II, 2ème ed., Paris, 1919, 226 ss.; e cfr. BRÜTT [L.], *Die Kunst der Rechtsanwendung. Zugleich ein Beitrag zur Methodenlehre der Geistewissenschaften*, Berlin, 1907, 110 s.
[88] *D.* 1.1.1pr. [Ulp. 1 *inst.*].
[89] *D.* 1.1.10.2.
[90] Cic., *off.*, 1.19.
[91] Cic., *off.*, 2.33.
[92] Cfr. FALCONE [GIU.], *La 'vera* philosophia*' dei '*sacerdotes iuris*'. Sulla raffigurazione ulpianea dei giuristi (D. 1.1.1.1)*, in *AUPA*, 49, 2004, 3 ss.

nella categoria dei giuristi neoterici[93] che possono rivendicare la libertà della propria opera, ma in un sistema di pubblici poteri e controlli dall'articolata genesi[94] e ora multilivello[95], che non è più banale rammentare; e che preclude loro di chiudersi un tragico autismo rivoluzionario che non scongiura reazioni demaistriane.

12. L'occasione che si offre all'Adunanza plenaria è anche quella di richiamare all'osservanza di tutti i principi del diritto comunitario e, segnatamente, di quelli che limitano la disapplicazione del diritto interno per far prevalere quello comunitario, che appaiono sovente trascurati dai giudici amministrativi; che includono non solo il già menzionato principio della certezza del diritto, ma anche quello della tutela dell'affidamento[96], a cui del resto si riferisce espressamente proprio la citata Corte giust. UE, 14.7.2016; e che impongono l'adozione di un criterio casistico. La disapplicazione del diritto interno, cioè, per sua natura, alla luce dei limiti che la confinano e della giurisprudenza da ultimo menzionata, non può comunque ritenersi senz'altro operante una volta per tutte, ossia indistintamente con riguardo a tutti i concreti rapporti rientranti nell'ambito di applicazione delle norme domestiche che s'ipotizzi di disapplicare, dovendosi accertare caso per caso la sussistenza di ragioni interdittive del ricorso all'istituto.

In particolare, anche a volerla erroneamente ammettere, la disapplicazione delle disposizioni nazionali di proroga della durata delle concessioni demaniali ma-

---

[93] La individua GROSSI [P.], *"La scienza del diritto privato". Una rivista progetto nella Firenze di fine secolo (1893-1896)*, Milano, 1988, 17.

[94] V., a es., SORDI [B.], *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020, *passim*.

[95] Per una prospettiva, v. pure ZOPPINI [A.], *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, cap. III, §§ 1 e 15.

[96] In argomento, tra gli altri v. AGUSTO [S.], *Gli incostanti approdi della giurisprudenza amministrativa sul tema delle concessioni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2020, 625 ss., e BENETAZZO [C.], *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, in *federalismi.it*, 2016, n. 25, 28.12.2016.

rittime della l. n. 145/2018 (ma anche del d.l. n. 34/2020 conv.) dovrebbe comunque necessariamente confrontarsi sia con l'ostacolo insormontabile rappresentato dal principio della tutela dell'affidamento del concessionario, che impone di distinguere tra i concessionari in relazione al periodo di tempo per il quale il singolo ha fruito del bene e delle modalità con cui egli sia divenuto titolare del diritto concessorio nascente da una concessione demaniale marittima; sia con l'indispensabile sindacato di compatibilità, nel singolo caso di specie, della proroga disposta dal legislatore municipale con l'art. 12 della direttiva *Bolkestein*. Appare invero di piana evidenza che non è punto assimilabile, da un lato, la condizione di chi sia nella titolarità di un rapporto concessorio conservata da decenni o che nei decenni si sia trasferita senza alcuna gara, in conseguenza di fenomeni successori *mortis causa* o determinati da atti *inter vivos* autonomamente perfezionati per volontà delle parti; e, dall'altro lato, quella di chi, invece, si sia a esempio aggiudicato recentemente il diritto concessorio che abbia formato oggetto di esecuzione forzata. Tanto più se l'aggiudicazione sia di pochi anni anteriore alla proroga in esame; e, inoltre, l'aggiudicatario abbia conseguito l'autorizzazione al subingresso nella concessione (*ex* artt. 46 cod. nav. e 30 reg. att. cod. nav.), dunque la possibilità di esercitare pienamente il diritto concessorio acquistato, solo all'esito di un articolato contenzioso determinato dall'illegittimo rifiuto del Comune competente delegato a rilasciare l'autorizzazione medesima.

L'esempio non abbozza una vicenda di fantasia, bensì corrisponde al caso concreto definitivamente deciso – a favore dell'aggiudicatario d'un diritto concessorio acquistato a seguito della sua vendita forzata disposta dall'A.G.O. – da Cons. Stato, Sez. V, 4.1.2018, n. 52, cit., T.a.r. Liguria, Sez. I, 23.7.2019, n. 657, e Cons. Stato, Sez. V, 5.2.2021, n. 1078, che ne permettono la ricostruzione. Un caso che, per gli specifici tratti che lo connotano, ben si presta a essere portato a esempio di rapporti concessori in cui, anche a volerla ipotizzare, non vi è spazio per la disapplicazione delle menzionate disposizioni nazionali di proroga: qui per almeno due ragioni, cia-

scuna già singolarmente preclusiva del ricorso alla tecnica in discorso di accantonamento del diritto interno.

La prima è che la vendita forzata del diritto concessorio, così come rilevato pure dalla giurisprudenza da ultimo ricordata, implica una novazione soggettiva del rapporto di concessione, ossia il radicale mutamento del concessionario che viene sostituito da un nuovo soggetto individuato (non già dal precedente titolare, ma) a seguito di una selezione pubblica mediante l'indizione di una gara promossa da organi dello Stato secondo le norme del c.p.c.: una gara che è aderente ai canoni espressi dall'art. 12 direttiva n. 2006/123/CE (diversamente dall'inidoneo procedimento previsto dagli artt. 36 s. cod. nav. e 18 reg. att. cod. nav., inadeguato per i motivi già illustrati), che prescrive per l'appunto una procedura di selezione dei 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". Sicché, in relazione alla vicenda in considerazione, la disapplicazione della normativa interna di proroga della durata al rapporto instauratosi con l'aggiudicatario mancherebbe comunque del presupposto, poiché l'applicazione di tale normativa al caso di specie non dà luogo a contrasto con il diritto comunitario. Sia perché, come si è appena osservato, il nuovo concessionario risulta essere stato recentemente selezionato con una procedura conforme al summenzionato art. 12: tanto più che l'articolazione del fenomeno di sostituzione del concessionario in due fasi consistenti nella selezione sotto l'egida dell'A.G.O. e, poi, nell'autorizzazione al subingresso riservata alla p.A. accresce le indicate garanzie pretese dalla norma comunitaria. Sia perché l'applicazione delle regole nazionali di proroga della durata al rapporto con l'aggiudicatario è coerente con l'obiettivo di avvicendamento dei concessionari sotteso al nominato art. 12, anche nell'interpretazione offertane da Corte giust. UE, 14.7.2016: ossia con il fine di garantire a *newcomers* la possibilità di penetrazione del mercato, di tal che la disappli-

cazione anche in queste ipotesi sarebbe produttiva del paradossale effetto di contrastare la concreta attuazione delle finalità del diritto comunitario. Sia perché, altrettanto dirimentemente, il precedente della CGUE poc'anzi richiamato chiarisce che il ridetto art. 12 si oppone alla reiterazione di proroghe automatiche di fonte legislativa, ossia a un effetto di cui neppure risulta aver beneficiato l'aggiudicatario selezionato in esito a una procedura conforme ai principi espressi dalla disposizione citata, nei cui confronti non si scorge la reiterazione avversata dalla Corte del Lussemburgo: dunque, anche sotto questo profilo, sarebbe preclusa la disapplicazione al rapporto concessorio istituito con l'aggiudicatario delle disposizioni nazionali di proroga della durata delle concessioni demaniali marittime.

La seconda ragione risiede nell'ostacolo rappresentato dal principio di tutela dell'affidamento dell'aggiudicatario. In tale prospettiva, viene innanzi tutto in rilievo la circostanza che il nuovo concessionario ha acquistato il diritto concessorio a titolo oneroso a seguito di vendita disposta da un organo dello Stato, indubitabilmente in grado di indurre il pubblico chiamato all'incanto, incluso l'aggiudicatario, a confidare che l'oggetto della vendita fosse munito di reale consistenza e, dunque, caratterizzato da una congrua durata: non solo e non tanto perché essa stessa era ed è nella disponibilità dello Stato medesimo, ma perché condizione imprescindibile per consentire a un nuovo concessionario, secondo il criterio di economicità che connota l'impresa, la programmazione, l'organizzazione, la dotazione e l'esercizio dell'impresa a cui l'acquisto risultava manifestamente e naturalmente strumentale. Ma viene altresì in rilievo l'ulteriore circostanza che l'aggiudicatario non ha potuto neppure pienamente esercitare il diritto fino all'autorizzazione al subingresso che ha ottenuto solo molto tempo dopo l'acquisto a causa del ritardo nel rilasciarla da parte del Comune competente a ciò delegato, giudicato illegittimo dai giudici amministrativi; e che è divenuta definitiva solo con la pubblicazione di Cons. Stato, Sez. V, 5.2.2021, n. 1078. Entrambe le circostanze concorrono a orientare l'applicazione del principio di tutela dell'affidamento dell'aggiudicatario nel senso che impone di

assicurargli di poter esercitare con pienezza il diritto concessorio di cui è divenuto titolare per un periodo congruo, che la disciplina nazionale di proroga contenuta nella l. n. 145/2018 appare idonea a determinare fissando un termine ragionevole, non manifestamente eccessivo. Sicché, anche sotto questo profilo, si scorge un invalicabile limite che, nel caso esaminato, si opporrebbe alla disapplicazione che s'ipotizzasse.

L'esistenza di casi, neppure immaginari, bensì reali in cui la disapplicazione delle disposizioni nazionali di proroga della durata delle concessioni demaniali marittime sarebbe comunque interdetta, lascia emergere l'impraticabilità di scorciatoie generalizzanti, in luogo dell'analitica considerazione delle specifiche circostanze che caratterizzano in concreto i singoli rapporti concessori, che richiama la giurisprudenza al proprio istituzionale compito, potere e privilegio consistente nel *jus dicere* e all'importanza del *dictum*[97].

Paolo Gaggero

Associato di Diritto dell'economia

nell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza"

[97] Senza con ciò volerne svalutare le *doctrines*: sulla distinzione, in seno alla teoria del precedente, v. per tutti DE NOVA [G.], *La giurisprudenza fonte del diritto?*, in *Jus civile*, 2016, 412 ss., spec. 419, e già ID., *Sull'interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contr. e impr.*, 1986, 779 ss., spec. 782.