

LA SENTENZA AGCM DELLA CORTE UE SULLA COMPATIBILITA' CON IL DIRITTO DELL'UNIONE DELLE NORME INTERNE SULLE CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME, LACUALI E FLUVIALI

di

Vincenzo De Michele

SOMMARIO

1. Premessa: il caso mediatico delle concessioni balneari nel caleidoscopio delle fonti del diritto e del contrasto giurisprudenziale sull'applicabilità del diritto Ue. – 2. Il diritto dell'Unione in subiecta materia: a) gli artt.49-50-51, 56, 195, 345 e 352 del TFUE, la direttiva appalti pubblici di servizi 1992/50/CEE, la direttiva appalti pubblici di lavori, forniture e servizi 2004/18/CE e la direttiva Bolkestein 2006/123/CE. - 3. Le procedure di infrazione attivate nei confronti dell'Italia dalla Commissione Ue e il diverso comportamento tenuto nei confronti di Spagna e di Portogallo sulle CDM. – 4. Le concessioni/autorizzazioni di servizi di raccolta di scommesse e la compatibilità Ue con il diritto di stabilimento e la libera prestazione di servizi. - 5. Il diritto dell'Unione in subiecta materia: b) la direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione e l'esclusione delle concessioni demaniali marittime dal campo di applicazione del diritto dell'Unione. – 6. La sentenza Promoimpresa della CGUE sulle concessioni demaniali marittime, fluviali e lacuali che forse non entrano nel campo di applicazione della Bolkestein. - 7. La normativa interna e la Commissione Ue dopo la sentenza Promoimpresa, fino alla normativa emergenziale che blocca nuove gare per favorire il rilancio del settore. – 8. La nuova procedura di infrazione della Commissione Ue e la risposta del Governo, nel conflitto tra Consiglio di Stato e Cassazione sul caso Randstad Italia. - 9. Le sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sulle concessioni balneari, in sostituzione del legislatore nazionale e delle Istituzioni Ue. – 10. Le risposte e le censure "indirette" della Corte di giustizia Ue al Consiglio di Stato. - 11. L'eccesso di potere giurisdizionale dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato impugnato davanti alle Sezioni unite della Cassazione. - 12. Il TAR Lecce censura in Corte di giustizia Ue l'Adunanza plenaria del CdS. – 13. Il Governo Draghi e la Commissione europea tentano, invano, di blindare le sentenze dell'Adunanza plenaria del CdS prima della sentenza AGCM della Corte Ue. – 14. Le tre sentenze della Corte di giustizia Sisal del 2.9.21, Sharengo del 10.11.22 e CNAE e a. del 19.1.23 sull'interpretazione delle direttive 2014/23/UE e 2006/123/CE. - 15. La strana sentenza OL (Prorogation des concessions italiennes) della Corte Ue che interpreta la sentenza Promoimpresa e anticipa la sentenza AGCM della CGUE. – 16. La sentenza AGCM della Corte di giustizia sulle concessioni demaniali marittime che forse entrano (ma forse no) nel campo di applicazione della Bolkestein. – 17. Considerazioni finali.

1. Premessa: il caso mediatico delle concessioni balneari nel caleidoscopio delle fonti del diritto e del contrasto giurisprudenziale sull'applicabilità del diritto Ue

Nella complessa vicenda della legittimità delle proroghe legislative delle concessioni

demaniali marittime¹, lacuali e fluviali è possibile visionare, quasi attraverso un caleidoscopio, tutte le problematiche irrisolte del rapporto tra le fonti di diritto sovranazionale Ue (legislazione dell'Unione e sentenze della Corte di giustizia; ruolo politico e interpretativo della Commissione europea) e quelle di diritto interno (normativa anche di rango costituzionale, oltre che ordinaria; giurisdizione amministrativa, nel contrasto tra Consiglio di Stato e Legislatore/Esecutivo e tra gradi diversi della stessa giurisdizione; giurisdizione ordinaria, nel contrasto tra le Sezioni unite della Cassazione e Adunanza plenaria del Consiglio di Stato), accompagnate da problematiche scelte della Corte comunitaria nell'affrontare sul piano interpretativo le questioni interpretative sottoposte alla sua cognizione a partire dalla sentenza **Promoimpresa** del 14 luglio 2016² fino alla recentissima **sentenza AGCM del 20 aprile 2023**³, che risponde ai quesiti pregiudiziali del **TAR Lecce**⁴ con l'**ordinanza dell'11 maggio 2022** iscritta a Lussemburgo il 31 maggio 2022 come **causa C-348/22**.

Negli ultimi tre mesi prima della sentenza AGCM si è assistito ad un vero e proprio delirio mediatico, con un attacco sistematico alla categoria dei concessionari demaniali marittimi

¹ Su cui cfr. E. Boscolo, *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime*, in Urb. App., 2016, p. 1217 ss.; M. Clarich, *Autorizzazioni e concessioni: presidi dell'interesse pubblico o barriere all'accesso al mercato*, in Dir. econ, 2015, p. 9 ss.; A. Giannelli, *Concessioni di beni e concorrenza*, Napoli, 2018; M. Timo, *Le concessioni balneari alla ricerca di una disciplina fra normativa e giurisprudenza*, Torino, 2020; F. Capelli, *Evoluzioni, splendori e decadenza delle direttive comunitarie. Impatto della direttiva CE n. 2006/123 in materia di servizi: il caso delle concessioni balneari*, Napoli, 2021; B. Caravita e G. Carlomagno, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, su federalismi.it, n. 20/2021.

² Corte di giustizia, V Sezione, sentenza 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa* ed altri, ECLI:EU:C:2016:558. In dottrina v. L. Di Giovanni, *Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga ex lege*, su Riv.it.dir.pubbl.com., 2016, p.912-926; L. Griselli, *Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. V, sentenza 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15*, su Riv.it.dir.pubbl.com., 2016, p.1293-1297; G. Bellitti, *La direttiva Bolkestein e le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali*, su Giorn.dir.amm., 2017, p.60-67; G. Marchiafava, *La prorogation automatique des concessions domaniales maritimes et lacustres italiennes à des fins touristique-récréatives et le droit de l'Union européenne*, su Le droit maritime français, 2017, p.349-361; V. De Michele, *Lo strano caso delle concessioni balneari e la giurisprudenza creativa del Consiglio di Stato sulla primazia del diritto Ue*, su europeanrights.eu, 15 settembre 2022.

³ Corte di giustizia, III Sezione, sentenza 20 aprile 2023, causa C-348/22, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ECLI:EU:C:2023:301. Il Collegio a cinque Giudici è stato composto dalla Presidente estone K. Jürimäe, dal polacco M. Safjan, dal portoghese N.J.C. da Silva Piçarra, dal finlandese N. Jääskinen, e dal ceco M. Gavalec. Per una prima disamina della decisione della Corte v. l'autorevole commento di C. Volpe, Presidente aggiunto del Consiglio di Stato, *Concessioni demaniali marittime: un'ulteriore puntata di una storia infinita*, 26 aprile 2023, su www.giustizia-amministrativa.it. L'Autore è stato componente del Collegio dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato delle due sentenze nn.17 e 18 del 2021 e completa con il suo articolo il ragionamento della stessa dottrina proposto con *Le concessioni demaniali marittime: una fine o un inizio? Correzioni di rotta e nuovi approdi*, 2022, su www.giustizia-amministrativa.it.

⁴ Est. Pasca.

mosso da tutta la stampa nazionale e alimentato dal Consiglio di Stato con la sentenza del 1° marzo 2023 n.2192, dalla Commissione europea che ha minacciato il blocco dei fondi del PNRR e il parere motivato, preannunciato addirittura il giorno prima della sentenza AGCM e poi non più pubblicato.

L'oggetto di questa inaudita campagna di disinformazione e destabilizzazione dei corretti rapporti tra Istituzioni nazionali e sovranazionali era sempre il legislatore del Governo Meloni, responsabile di aver inserito nella legge di conversione n.14/2023, pubblicata in Gazzetta ufficiale il 27 febbraio 2023, del decreto legge milleproroghe n.198/2022, modifiche normative idonee a paralizzare, a tempo indeterminato, gli effetti della legge sulla concorrenza n.118/2022 del Governo Draghi, che aveva costruito un sistema di disposizioni idonee a legittimare quanto deciso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con le sentenze nn.17 e 18 del 2021⁵ sulla cessazione *ope iudicis* e *contra legem* delle concessioni demaniali marittime al 31 dicembre 2023.

Attualmente, in materia di regolamentazione delle concessioni demaniali marittime in corso al momento dell'entrata in vigore della legge n.14/2023 (27 febbraio 2023) il quadro normativo è il seguente:

- a) **i Comuni e le Amministrazioni pubbliche concedenti diverse dai Comuni** (come la Regione siciliana) **non possono fare bandi** (art.4 comma 4-bis⁶ della legge n.118/2022, introdotto dall'art.1 comma 8 lettera b della legge n.14/2023) **fino all'emanazione dei decreti legislativi che avrebbero dovuto riordinare la materia** (art.4 della legge n.118/2022);
- b) **le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali continuano ad avere efficacia fino al 31 dicembre 2025** (art.3 comma 1 legge n.118/2022⁷, come modificato dagli artt.12

⁵ Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, Pres. Patroni Griffi, Est.Molinario (per la n.17) e Giovagnoli (per la n.18), sentenze 9 novembre 2021 nn.17 e 18; su cui v. A.M. Sandulli, *Sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, su Dir.e Soc., n.3/2021; E. Cannizzaro, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18 dell'Ad. plen. del Consiglio di Stato*; in Giustiziainsieme.it, 2021; F.P. Bello, *Prmissime considerazioni sulla "nuova" disciplina delle concessioni balneari nella lettura dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, su Giustiziainsieme.it, 2021; M. Timo, *Concessioni balneari senza gara... all'ultima spiaggia*, in Riv. giur. edil., n. 5/2021.

⁶ Dispone testualmente l'**art.4 comma 4-bis della legge n.118/2022**, introdotto dall'art.1 comma 8 lettera b) della legge n.14/2023, di conversione con modificazioni del d.l. n.198/2022: «Fino all'adozione dei decreti legislativi di cui al presente articolo, è fatto divieto agli enti concedenti di procedere all'emanazione dei bandi di assegnazione delle concessioni e dei rapporti di cui all'articolo 3, comma 1, lettere a) e b)».

⁷ L'art.12, comma 6-sexies, del d.l. n.198/2022, convertito dalla legge n.14/2023, ha modificato l'originario

comma 6-sexies e 10-quater comma 3 1° capoverso del d.l. n.198/2022, convertito con modificazioni dalla legge n.14/2023) **ovvero entro il termine di conclusione della procedura selettiva per il subentro di un nuovo concessionario** (art.3 comma 3⁸ legge n.118/2022, come modificato dall'art.10-quater comma 3 1° capoverso d.l. n.198/2022), **nel caso in cui la procedura selettiva si concluda dopo il 31.12.2025, e fino a tale data, cioè fino alla conclusione della procedura selettiva, l'occupazione dell'area demaniale da parte del concessionario uscente è comunque legittima** (il combinato disposto dell'art.3 commi 2⁹ e 3 2° capoverso della legge n.118/2022, dell'art.10-quater comma 3 2°

termine del **31 dicembre 2023** previsto dai commi 1, 3 e 4 dell'art.3 della legge n.118/2022 con il nuovo termine del **31 dicembre 2024**. A sua volta, l'art.10-quater comma 3 1° capoverso del d.l. n.198/2022, convertito dalla legge n.14/2023, ha sostituito il "nuovo" termine del **31 dicembre 2024** previsto dai commi 1, 3 e 4 dell'art.3 della legge n.118/2022 con il nuovo termine definitivo del **31 dicembre 2025**: «3. *Ai fini dell'espletamento dei compiti del tavolo tecnico di cui al comma 1, ai commi 3 e 4 dell'articolo 3 della legge 5 agosto 2022, n. 118, le parole: "31 dicembre 2024", ovunque ricorrono, sono sostituite dalle seguenti: "31 dicembre 2025".*». In buona sostanza, l'**art.3 comma 1 della legge n.118/2022, a seguito del "doppio cambio" di anno (dal 2023 al 2024; dal 2024 al 2025, è così formulato**: «1. *Continuano ad avere efficacia fino al 31 dicembre 2025, ovvero fino al termine di cui al comma 3, qualora successivo, se in essere alla data di entrata in vigore della presente legge sulla base di proroghe o rinnovi disposti anche ai sensi della legge 30 dicembre 2018, n. 145, e del decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 ottobre 2020, n. 126: a) le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per l'esercizio delle attività turistico-ricreative e sportive, ivi comprese quelle di cui all'articolo 01, comma 1, del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, quelle gestite dalle società e associazioni sportive iscritte al registro del CONI, istituito ai sensi dell'articolo 5, comma 2, lettera c), del decreto legislativo 23 luglio 1999, n. 242, o, a decorrere dalla sua operatività, al Registro nazionale delle attività sportive dilettantistiche di cui al decreto legislativo 28 febbraio 2021, n. 39, quelle gestite dagli enti del Terzo settore di cui all'articolo 4, comma 1, del codice di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, e quelle per la realizzazione e la gestione di strutture dedicate alla nautica da diporto, inclusi i punti d'ormeggio; b) i rapporti aventi ad oggetto la gestione di strutture turistico-ricreative e sportive in aree ricadenti nel demanio marittimo per effetto di provvedimenti successivi all'inizio dell'utilizzazione.*».

⁸ Questo è il testo dell'art.3 commi 3 e 4 della legge n.118/2022, come modificato dall'art.10-quater comma 3 1° capoverso del d.l. n.198/2022, convertito dalla legge n.14/2023: «3. *In presenza di ragioni oggettive che impediscono la conclusione della procedura selettiva entro il 31 dicembre 2025, connesse, a titolo esemplificativo, alla pendenza di un contenzioso o a difficoltà oggettive legate all'espletamento della procedura stessa, l'autorità competente, con atto motivato, può differire il termine di scadenza delle concessioni in essere per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2025. Fino a tale data l'occupazione dell'area demaniale da parte del concessionario uscente è comunque legittima anche in relazione all'articolo 1161 del codice della navigazione. 4. Il Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili trasmette alle Camere, entro il 30 giugno 2024, una relazione concernente lo stato delle procedure selettive al 31 dicembre 2023, evidenziando in particolare l'esito delle procedure concluse e, per quelle non concluse, le ragioni che ne abbiano eventualmente impedito la conclusione. Il medesimo Ministro trasmette altresì alle Camere, entro il 31 dicembre 2025, una relazione finale relativa alla conclusione delle procedure selettive sul territorio nazionale.*».

⁹ Questo è il testo dell'**art.3 comma 2 della legge n.118/2022**, come modificato dall'art.10-quater comma 3 1° capoverso d.l. n.198/2022, convertito dalla legge n.14/2023: «2. *Le concessioni e i rapporti di cui al comma 1, lettere a) e b), che con atto dell'ente concedente sono individuati come affidati o rinnovati mediante procedura selettiva con adeguate garanzie di imparzialità e di trasparenza e, in particolare, con adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento, continuano ad avere efficacia sino al termine previsto dal relativo titolo e comunque fino al 31 dicembre 2025 se il termine previsto è anteriore a tale data.*».

capoverso¹⁰ d.l. n.198/2022 e dell'art.4 comma 4-bis della legge n.112/2022, introdotto dall'art.1 comma 8 lettera b della legge n.14/2023);

c) il termine di sei mesi per l'emanazione dei decreti legislativi di riordino del settore è scaduto il 27.2.2023 (contestualmente alla pubblicazione in Gazzetta ufficiale della legge n.14/2023) e, pertanto, **i Comuni non possono fare (più) nessuna gara o procedura selettiva**, come correttamente evidenziato dal **Tar Lecce**¹¹, **sia per le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali in corso di utilizzazione sia per le CTD non ancora assegnate** (art.3 comma 1 della legge n.118/2022), **ripristinando così di fatto per le concessioni balneari in corso il diritto di insistenza** e quindi la **natura indeterminata della durata delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali**¹², anche per le concessioni e i rapporti di cui al comma 1, lettere a) e b), dell'art.3 della legge n.118/2022, che, ai sensi dell'art.3 comma 2 della stessa legge n.118/2022, con atto dell'ente concedente

¹⁰ Dispone testualmente l'**art.10-quater comma 3 2° capoverso d.l. n.198/2022**, convertito dalla legge n.14/2023: «*Le concessioni e i rapporti di cui all'articolo 3, comma 1, lettere a) e b), della legge 5 agosto 2022, n. 118, continuano in ogni caso ad avere efficacia sino alla data di rilascio dei nuovi provvedimenti concessori*».

¹¹ In una recente **sentenza del 21.4.2023 n.523/2023 il TAR Lecce** ha accolto l'eccezione del Comune di Porto Cesareo e ha respinto il ricorso di una società che chiedeva l'assegnazione di una nuova concessione demaniale marittima, evidenziando: «6.1. *Gli artt. 3 e 4 della legge 8.8.2022 n. 118 stabiliscono che: - "Continuano ad avere efficacia fino al 31 dicembre 2024 ovvero fino al termine di cui al comma 3, qualora successivo, se in essere alla data di entrata in vigore della presente legge sulla base di proroghe o rinnovi disposti anche ai sensi della legge 30 dicembre 2018, n. 145, e del decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 ottobre 2020, n. 126: a) le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per l'esercizio delle attività turistico-ricreative e sportive ...; b) i rapporti aventi ad oggetto la gestione di strutture turistico ricreative e sportive in aree ricadenti nel demanio marittimo per effetto di provvedimenti successivi all'inizio dell'utilizzazione" (art. 3, comma 1); - "Al fine di assicurare un più razionale e sostenibile utilizzo del demanio marittimo, lacuale e fluviale ... il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge ... uno o più decreti legislativi volti a riordinare e semplificare la disciplina in materia di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per finalità turistico-ricreative e sportive ..." (art. 4, comma 1); - "Fino all'adozione dei decreti legislativi di cui al presente articolo, è fatto divieto agli enti concedenti di procedere all'emanazione dei bandi di assegnazione delle concessioni e dei rapporti di cui all'articolo 3, comma 1, lettere a) e b)" (art. 4, comma 4 bis, inserito dall'art. 1, comma 8, lett. b), legge 24 febbraio 2023 n. 14, a decorrere dal 28 febbraio 2023). 6.2. *Alla luce del combinato disposto delle predette norme deve ritenersi che, in mancanza dei decreti legislativi volti a riordinare e semplificare la disciplina in materia di concessioni demaniali marittime, al Comune di Porto Cesareo è fatto divieto, allo stato, di avviare la procedura concorrenziale richiesta dalla ricorrente.*».*

¹² la **natura indeterminata della durata delle concessioni demaniali marittime** era prevista con il **diritto di insistenza** dall'originario art.37 del codice della navigazione (r.d. 30 marzo 1942 n.427), come modificato dall'art.2, comma 2, del d.l. n.400/1993 (convertito dalla legge n.494/1993), prima della sua soppressione a seguito dell'abrogazione del 2° capoverso del comma 2 dell'art.37 cod.nav., in sede di conversione con la legge n.25/2010 dell'art.1, comma 18, del d.l. 30 dicembre 2009 n.194; successivamente, dall'**art. 1 della legge n.494/1993** che, in particolare, aveva indicato in sei anni la durata delle concessioni per finalità turistico ricreative, disponendo contestualmente il c.d. **rinnovo automatico alla prima scadenza e, successivamente, ad ogni ulteriore scadenza** (art.1 comma 2 legge n.494/1993, come sostituito dall'art.10 comma 1 della legge n.88/2001), fino alla sua abrogazione con l'art.11 della legge comunitaria per il 2010 n.217/2011.

sono individuati come affidati o rinnovati mediante procedura selettiva con adeguate garanzie di imparzialità e di trasparenza e, in particolare, con adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento, continuano ad avere efficacia sino al termine previsto dal relativo titolo e comunque, originariamente, fino al 31 dicembre 2024 se il termine previsto è anteriore a tale data;

d) il tavolo tecnico consultivo in materia di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, disciplinato dall'art.10-quater commi 1 e 2, del d.l. n.198/2022 nella composizione prevista dal comma 1¹³, acquisiti i dati relativi a tutti i rapporti concessori in essere delle aree demaniali marittime, lacuali e fluviali, elaborati ai sensi all'art.2 della legge n.118/2022 dall'emanando decreto legislativo (entro il 27 luglio 2023), definirà i criteri tecnici per la determinazione della sussistenza della scarsità della risorsa naturale disponibile, tenuto conto sia del dato complessivo nazionale che di quello disaggregato a livello regionale, e della rilevanza economica transfrontaliera (comma 2), **ma senza nessuna incidenza sulla durata delle concessioni balneari in corso, che rimangono a tempo indeterminato.**

Il legislatore nazionale del d.l. n.198/2022 e della legge di conversione n.14/2023 è stato accusato, dunque, di aver voluto neutralizzare - con una tecnica normativa complessa e articolata (la doppia sostituzione dell'anno di cessazione delle CDM dal 31 dicembre 2023 prima a fine 2024 e poi a fine 2025 opera con due distinte norme, come visto, entrambe inserite in sede di conversione del d.l. n.198/2022), ma di indubbia efficacia - le predette sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, abrogando sostanzialmente le disposizioni della legge Draghi sulla concorrenza, che avevano cercato di blindare quanto costruito dal CdS, sostituitosi al potere legislativo e al potere esecutivo, per applicare direttamente il diritto dell'Unione e, in particolare, l'art.12 della direttiva servizi 2006/123/CE nell'interpretazione della sentenza Promoimpresa della Corte di Giustizia Ue.

Il quesito a cui questo scritto tenderà di rispondere è il seguente: alla luce della sentenza

¹³ Il tavolo tecnico di cui all'art.10-quater comma 1 del d.l. n.198/2022, convertito dalla legge n.14/2023, è composto da rappresentanti del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, del Ministero dell'economia e delle finanze, del Ministero delle imprese e del made in Italy, del Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica e del Ministero del turismo, da rappresentanti del Ministro per la protezione civile e le politiche del mare, del Ministro per gli affari regionali e le autonomie e del Ministro per gli affari europei, da un rappresentante delle regioni e da un rappresentante per ogni associazione di categoria maggiormente rappresentativa del settore.

AGCM della Corte di Lussemburgo del 20.4.2023 **l'attuale disciplina delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per uso turistico-ricreativo - quale risultante dalle modifiche introdotte dall'attuale legislatore con il combinato disposto dell'art.3 commi 2 e 3 2° capoverso della legge n.118/2022, dell'art.10-quater comma 3 2° capoverso del d.l. n.198/2022 e dell'art.4 comma 4-bis della legge n.112/2022, norme introdotte dalla legge n.14/2023 di conversione del d.l. n.198/2022 - è compatibile con il diritto dell'Unione, quale interpretato dalla giurisprudenza comunitaria?**

La risposta anticipata a questo interrogativo è positiva, ma, attesa la diversa interpretazione proposta dalla stampa nazionale nell'immediatezza della pubblicazione della sentenza AGCM, essa va rigorosamente motivata.

Si è utilizzata l'espressione «**concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per uso turistico-ricreativo**» per distinguere tale tipologia di concessioni demaniali marittime da quelle da uso diverso dalle attività turistico ricreative.

In particolare, l'individuazione della tipologia di concessioni demaniali marittime è individuata dall'art.01 comma 1 del d.l. n.400/1993 (convertito con modificazioni dalla legge n.494/1993), che prevede che le CDM possano essere rilasciate, oltre che per servizi pubblici e per servizi e attività portuali e produttive, per l'esercizio delle seguenti attività: a) gestione di stabilimenti balneari; b) esercizi di ristorazione e somministrazione di bevande, cibi precotti e generi di monopolio; c) noleggio di imbarcazioni e natanti in genere; d) gestione di strutture ricettive ed attività ricreative e sportive; e) esercizi commerciali; f) servizi di altra natura e conduzione di strutture ad uso abitativo, compatibilmente con le esigenze di utilizzazione di cui alle precedenti categorie di utilizzazione.

Le attività di concessioni demaniali marittime di cui alle lettere da a) e f) dell'art.01 del d.l. n.400/1993 sono riconducibili nella nozione di CDM per finalità turistico-ricreative (argomento ex art.13 comma 1 della legge n.172/2003), anche se quelle di utilizzazione delle aree di demanio marittimo per uso abitativo o residenziale di cui alla lettera f) del citato articolo 01 del d.l. n.400/1993 troveranno una specifica regolamentazione ai fini della proroga, attualmente in vigore fino al 31.12.2033, alla luce dell'art.1 comma 684 della legge n.145/2018, non abrogato dall'art.3 comma 5 lettera a) della legge n.118/2022, la legge sulla concorrenza del Governo Draghi che aveva stabilito, invece, al 31.12.2023 il termine di

cessazione della durata delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative di cui alle lettere da a) ad e) del predetto articolo 01 del d.l. n.400/1993.

2. Il diritto dell'Unione in subjecta materia: a) gli artt.49-51, 56, 195, 345 e 352 del TFUE, la direttiva appalti pubblici di servizi 1992/50/CEE, la direttiva appalti pubblici di lavori, forniture e servizi 2004/18/CE e la direttiva Bolkestein 2006/123/CE

Il **Trattato per il funzionamento dell'Unione europea (TFUE)** è entrato in vigore il 1° dicembre 2009, unitamente al **Trattato dell'Unione europea (TUE)**.

All'interno del capo 2 (**Libertà di stabilimento**) del titolo III del **Trattato per il funzionamento dell'Unione europea, l'art.49 TFUE** (già art.43 TCE) prevede testualmente: *«Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro. La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali.»*.

L'art.50 comma 1 TFUE (ex art.44 del TCE) prevede testualmente: *«1. Per realizzare la libertà di stabilimento in una determinata attività, il Parlamento europeo e il Consiglio deliberano mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, previa consultazione del Comitato economico e sociale.»*.

L'art.51 TFUE (ex art.45 del TCE) prevede testualmente: *«Sono escluse dall'applicazione delle disposizioni del presente capo, per quanto riguarda lo Stato membro interessato, le attività che in tale Stato partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono escludere talune attività dall'applicazione delle disposizioni del presente capo.»*.

L'art.56 TFUE (ex art.49 del TCE) prevede testualmente: *«Nel quadro delle disposizioni*

seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono estendere il beneficio delle disposizioni del presente capo ai prestatori di servizi, cittadini di un paese terzo e stabiliti all'interno dell'Unione.».

L'art.195 TFUE (senza corrispondenza nel TCE) prevede testualmente: *«1. L'Unione completa l'azione degli Stati membri nel settore del turismo, in particolare promuovendo la competitività delle imprese dell'Unione in tale settore. A tal fine l'azione dell'Unione è intesa a: a) incoraggiare la creazione di un ambiente propizio allo sviluppo delle imprese in detto settore; b) favorire la cooperazione tra Stati membri, in particolare attraverso lo scambio delle buone pratiche. 2. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le misure specifiche destinate a completare le azioni svolte negli Stati membri al fine di realizzare gli obiettivi di cui al presente articolo, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri.»*

L'art.345 TFUE (ex art.295 del TCE) prevede che i trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri.

L'art.352 paragrafo 1 TFUE (ex art.308 del TCE) prevede: *«1. Se un'azione dell'Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni appropriate. Allorché adotta le disposizioni in questione secondo una procedura legislativa speciale, il Consiglio delibera altresì all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo.»*

L'art.1 lettera a) punto iii) della direttiva 92/50/CEE del Consiglio del 18 giugno 1992, che coordinava le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, **escludeva dalla nozione di «appalti pubblici di servizi» ai fini dell'applicazione della direttiva i «contratti aventi per oggetto l'acquisizione o la locazione, qualunque siano le relative**

modalità finanziarie, di terreni, edifici esistenti o altri immobili, o riguardanti comunque diritti inerenti a tali beni immobiliari». Infatti, il decimo considerando della direttiva 92/50/CEE prevedeva testualmente *«che i contratti aventi ad oggetto l'acquisizione o l'affitto di beni immobiliari, o diritti su tali beni, presentano caratteristiche particolari che rendono inappropriata l'applicazione delle norme sugli appalti».*

L'art.5 comma 2 lettera a) del d.lgs. 17 marzo 1995 n.157, nel dare attuazione alla direttiva 92/50/CEE, ha **escluso dal campo di applicazione del decreto i contratti aventi per oggetto l'acquisizione o la locazione, indipendentemente dalle modalità finanziarie, di terreni, edifici esistenti o altri immobili o riguardanti, comunque, diritti inerenti a tali beni.**

Con **sentenza** del 24 settembre 1998 in causa C-76/97 **Togel** la **Corte di giustizia** europea ha fissato il principio in base al quale il diritto comunitario non impone ad un'amministrazione aggiudicatrice di uno Stato membro di intervenire, su domanda di un singolo, in rapporti giuridici in essere, instaurati a tempo indeterminato o con durata pluriennale, qualora tali rapporti siano stati posti in essere prima della scadenza del termine di trasposizione della direttiva 1992/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi.

La direttiva 1992/50/CEE è stata abrogata dall'art.82 della **direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004** relativa al coordinamento della procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi.

L'art.16 lettera a) della direttiva 2004/18/CE, come anticipato dal 24° considerando della stessa direttiva, riproponendo sostanzialmente l'art.1 lettera a) punto iii) della direttiva 92/50/CEE, ha escluso dal campo di applicazione della direttiva gli appalti pubblici di servizi *«aventi per oggetto l'acquisto o la locazione, quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni.».*

Pertanto, le concessioni di beni demaniali, come **concessioni di beni**, sono escluse dal campo di applicazione della direttiva 2004/18/CE, che fornisce all'art.1 paragrafo 4 soltanto la definizione di **concessione di servizi**: *«4. La concessione di servizi è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che*

il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

Il **d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163**, recante il “*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*”, nel recepire l’art.16 lettera a della direttiva 2004/18/CE, all’**art.19** ha **escluso dal codice** dei contratti pubblici «*i contratti di servizi aventi per oggetto l’acquisto o la locazione, quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni*», confermando l’analoga previsione dell’art.5 comma 2 lettera a) del d.lgs. 17 marzo 1995 n.157.

In siffatto contesto interpretativo e normativo europeo, in cui le concessioni demaniali marittime, fluviali e lacuali (d’ora innanzi, CDM) erano chiaramente escluse dal campo di applicazione della normativa comunitaria in materia di concessioni o appalti o contratti di servizi, trattandosi di concessioni di beni demaniali, è intervenuta la **direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno** (c.d. direttiva Bolkestein), che, in base all’**art.44 della stessa direttiva**, è entrato in vigore dal 28 dicembre 2009, dopo l’entrata in vigore del TFUE e, in particolare, degli artt.195 e 352 del Trattato.

L’art.1 paragrafo 1 della direttiva Bolkestein individua l’oggetto dell’intervento normativo europeo: «*1. La presente direttiva stabilisce le disposizioni generali che permettono di agevolare l’esercizio della libertà di stabilimento dei prestatori nonché la libera circolazione dei servizi, assicurando nel contempo un elevato livello di qualità dei servizi stessi.*».

L’art.2 della direttiva servizi prevede al paragrafo 1 che la direttiva si applica ai servizi forniti da prestatori stabiliti in uno Stato membro e al **paragrafo 2 lettera i)** che **la direttiva non si applica alle attività connesse con l’esercizio di pubblici poteri di cui all’articolo 45 del TCE, ora art.51 TFUE.**

L’art.3 paragrafo 1 della direttiva 2006/123/CE disciplina il rapporto della direttiva Bolkestein con le altre disposizioni del diritto comunitario: «*1. Se disposizioni della presente direttiva confliggono con disposizioni di altri atti comunitari che disciplinano aspetti specifici dell’accesso ad un’attività di servizi o del suo esercizio in settori specifici o per*

professioni specifiche, le disposizioni di questi altri atti comunitari prevalgono e si applicano a tali settori o professioni specifiche.». Vedremo che il combinato disposto dei considerando n.14 e n.15 della direttiva 2014/23/UE porta all'esclusione dell'applicazione della direttiva Bolkestein nei confronti delle CDM, e di questa normativa comunitaria sopravvenuta e prevalente sulla direttiva 2006/123/CE terrà conto la Corte di giustizia solo nella sentenza Promoimpresa, senza trarne però le dovute conseguenze sul piano della irricevibilità dei quesiti pregiudiziali.

L'art.12 della direttiva Bolkestein prevede: *«1. Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento. 2. Nei casi di cui al paragrafo 1 l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico, né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami. 3. Fatti salvi il paragrafo 1 e gli articoli 9 e 10, gli Stati membri possono tener conto nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi di interesse generale conformi al diritto.»*.

Il considerando n.9 della direttiva 2006/123/CE esclude espressamente dal campo di applicazione della stessa direttiva servizi ad attività di servizi che implicano come requisiti per lo svolgimento dell'attività economica il rispetto delle norme riguardanti lo sviluppo e l'uso delle terre: *«La presente direttiva si applica unicamente ai requisiti che influenzano l'accesso all'attività di servizi o il suo esercizio. Pertanto essa non si applica a requisiti come le norme del codice stradale, le norme riguardanti lo sviluppo e l'uso delle terre, la pianificazione urbana e rurale, le regolamentazioni edilizie nonché le sanzioni amministrative comminate per inosservanza di tali norme che non disciplinano o non influenzano specificatamente l'attività di servizi, ma devono essere rispettate dai prestatori nello svolgimento della loro attività economica, alla stessa stregua dei singoli che agiscono a titolo privato.»*.

Il **25° considerando** della direttiva Bolkestein anticipa l'intenzione del legislatore comunitario di escludere dal campo di applicazione della direttiva le concessioni di servizi per l'attività di raccolta delle scommesse: *«È opportuno escludere dal campo d'applicazione della presente direttiva i giochi con denaro, ivi comprese le lotterie e le scommesse, tenuto conto della natura specifica di tali attività che comportano da parte degli Stati membri l'attuazione di politiche di ordine pubblico e di tutela dei consumatori.»*. L'esclusione delle concessioni in materia di scommesse è infatti espressamente prevista dall'**art.2 paragrafo 2 lettera h) della direttiva 2006/123/CE**. Vedremo che su tale esclusione interverrà incidentalmente e senza effetto pratico la direttiva 2014/23/UE con il suo 14° considerando.

Anche il **considerando n.57 2° capoverso¹⁴** della direttiva Bolkestein prevede l'esclusione delle fattispecie delle concessioni di beni pubblici (come le CDM) e di servizi pubblici (come le concessioni in materia di scommesse) dal campo di applicazione della stessa direttiva servizi: *«Le disposizioni della presente direttiva relative ai regimi di autorizzazione dovrebbero riguardare i casi in cui l'accesso ad un'attività di servizio o il suo esercizio da parte di operatori richieda la decisione di un'autorità competente. Ciò non riguarda né le decisioni delle autorità competenti relative all'istituzione di un ente pubblico o privato per la prestazione di un servizio particolare, né la conclusione di contratti da parte delle autorità competenti per la prestazione di un servizio particolare, che è disciplinata dalle norme sugli appalti pubblici, poiché la presente direttiva non si occupa di tali norme»*.

Infine, come anticipato, l'**art.44¹⁵** della direttiva 2006/123/CE prevede che **gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alle disposizioni della stessa direttiva entro il 28 dicembre 2009**.

Pertanto, alla luce degli **artt.50, 51, 195, 345 e 352** del TFUE, nonché dell'**art.1 lettera a) punto iii) della direttiva 92/50/CEE** e dell'**art.16 lettera a) della direttiva 2004/18/CE** e dei **considerando n.9 e n.57 2° capoverso della direttiva 2006/123/CE**, **nè gli artt.49 e 56**

¹⁴ Il considerando n.57 2° capoverso della direttiva 2006/123/CE viene richiamato dalla Corte di giustizia trascrivendone il contenuto come normativa dell'Unione applicabile alla fattispecie di causa al punto 4 della **sentenza Promoimpresa**.

¹⁵ L'art.44 della direttiva 2006/123/CE viene richiamato dalla Corte di giustizia trascrivendone il contenuto come normativa dell'Unione applicabile alla fattispecie di causa al punto 9 della **sentenza AGCM**.

del TFUE nè alcuna disposizione del diritto comunitario derivato poteva essere applicata direttamente o indirettamente alle concessioni demaniali marittime (lacuali e fluviali) essendo concessioni di beni pubblici per attività turistico-ricreative che implicano l'esercizio indiretto di poteri pubblici e, in ogni caso, in base alla citata sentenza Togel della Corte di giustizia la direttiva 2006/123/CE non poteva essere applicata alle concessioni balneari assegnate prima della scadenza del termine di recepimento (28.12.2009) della direttiva Bolkestein.

3. Le procedure di infrazione attivate nei confronti dell'Italia dalla Commissione Ue e il diverso comportamento tenuto nei confronti di Spagna e di Portogallo sulle CDM

Viceversa, la disciplina normativa del settore, imperniata sul descritto diritto di insistenza di cui all'art.37 comma 2 cod.nav. e sull'indicato rinnovo automatico delle concessioni di cui all'art. 1 comma 2 del d.l. n.400/1993, ha indebitamente attirato l'attenzione dell'AGCM e, successivamente, della Commissione europea, nonostante fosse chiaro che il settore delle CDM non fosse regolamentato dal diritto dell'Unione.

Con segnalazione AS481 del 20.10.2008, l'AGCM ha ritenuto suscettibili di produrre effetti restrittivi della concorrenza l'art. 37, comma 2, cod. nav. e l'art. 1, comma 2, d.l. n. 400/1993, tenuto conto che *«né il codice della navigazione né il relativo regolamento di attuazione prevedono come principio generale, per l'assegnazione di concessioni marittime, quello dell'utilizzo di procedure concorsuali trasparenti, competitive e debitamente pubblicizzate, né, infine, quello della ragionevole durata delle concessioni demaniali»*.

Contestualmente, il rigoroso comportamento dell'AGCM mal si conciliava con la questione dei raccomandati delle Autorità indipendenti, assunti a tempo determinato senza concorso con stipendi superiori a quelli di impiegati di altre amministrazioni pubbliche con mansioni equivalenti e stabilizzati dall'art.75, comma 2, d.l. n.112/2008, norma non convertita in legge, nelle more della vigenza del decreto legge non convertito. La norma di stabilizzazione escludeva il riconoscimento dell'anzianità di servizio maturata durante il rapporto precario senza concorso e su questa problematica impugnata davanti all'autorità giurisdizionale amministrativa dai lavoratori interverrà la Corte di giustizia con la sentenza Valenza¹⁶, sconfessando la tesi del

¹⁶ Corte di giustizia Ue, sentenza 18 ottobre 2012, da C-302/11 a C-305/11, *Valenza ed altri*, EU:C:2012:646, su cui cfr. A. De Stefano, *Una email per una breve riflessione: Il lavoro a tempo determinato e quello a tempo indeterminato sono la stessa cosa?* (Corte di giustizia, Sesta Sezione, sentenza 18 ottobre 2012, nelle cause

Consiglio di Stato (Giudice del rinvio pregiudiziale) che si potesse compensare il favore del legislatore sulla stabilizzazione *extra ordinem* d'urgenza con il mancato riconoscimento della professionalità acquisita attraverso l'inserimento privilegiato nella pubblica amministrazione.

Su impulso dell'AGCM, la Commissione ha stigmatizzato la disciplina italiana delle concessioni demaniali marittime, avviando la procedura di infrazione n. 2008/4908 nei confronti dell'Italia, con cui si contestava l'incompatibilità del modello concessorio con il diritto comunitario e, in particolare, con il principio della libertà di stabilimento ai sensi dell'art. 49 TFUE (ex art.44 TCE), che, come si è visto, ai sensi dell'art.50 TFUE (ex art.45 TCE), non operava fino a quando la norma primaria del Trattato non fosse stata recepita da una direttiva specifica di armonizzazione idonea a regolare il settore.

Tale comportamento, come quello dell'AGCM che aveva stimolato l'intervento della Commissione, era dunque in aperto contrasto con la disciplina di diritto comunitario derivato allora vigente, nel momento in cui alle CDM non si applicava né *ratione materiae* la direttiva 1992/50/CEE né *ratione temporis* (e, vedremo, anche *ratione materiae*) la direttiva Bolkestein, il cui termine di recepimento negli ordinamenti nazionali scadeva, appunto, il 28 dicembre 2009, cioè successivamente all'inizio improvvido e illegittimo della procedura di infrazione.

Secondo la Commissione nella lettera di messa in mora del 29.1.2009 della procedura di infrazione n. 2008/4908 al punto 11, il diritto di insistenza costituiva un elemento di discriminazione nei confronti delle imprese provenienti da altri Stati membri, che si troverebbero ostacolate dalla preferenza accordata al concessionario uscente. Tale disposizione «*snatura la procedura di selezione provocando la rottura della parità di trattamento dei diversi operatori economici e, nella pratica, rende estremamente difficile, se non impossibile, l'accesso di qualsiasi altro concorrente a dette concessioni. Tali disposizioni sono, quindi, tali da dissuadere altre imprese dal candidarsi e dall'offrire servizi più efficienti per le nuove concessioni, o addirittura da impedirlo*» (lettera di messa in mora del 29.1.2009, punto 11). Sulla scorta di tali considerazioni, la Commissione invitava il Governo italiano a fornire le proprie osservazioni nel termine di due mesi.

In risposta alla Commissione Ue, il Governo non si difendeva nel merito sulla inapplicabilità del diritto comunitario primario e derivato al settore delle CDM, ma notificava l'art. 1,

riunite da C-302/11 a C-305/11), su *Rass.Avv.Stato*, 4, pp. 33-34.

comma 18, del d.l. 30 dicembre 2009 n.194, che, nell'**abrogare**, come già precisato, il secondo periodo del comma 2 dell'art. 37 cod. nav., faceva venir meno **il diritto di preferenza del concessionario uscente nell'ambito della procedura di attribuzione delle concessioni**. Tuttavia, lo stesso comma 18 dell'art.1 del d.l. n.194/2009 prevedeva che soltanto le concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative (non quelle lacuali e fluviali) in essere alla data del 30.12.2009 (di entrata in vigore del d.l. n. 194/2009, due giorni dopo la scadenza del termine di recepimento della direttiva 2016/123/CE), ed in scadenza entro il 31.12.2012 (il termine è stato prorogato al 31.12.2015 con la modifica della norma in sede di conversione con la legge n.25/2010), fossero prorogate fino a tale data.

La Commissione Ue decideva di tenere ferma la procedura di infrazione e, con lettera di messa in mora complementare n.2010/2734 del 10 maggio 2010, formulava ulteriori profili di illegittimità della normativa italiana di settore. In particolare, veniva evidenziato dall'Istituzione europea che, in sede di conversione del d.l. n. 194/2009 con la legge n. 25/2010, il legislatore italiano aveva inserito un rinvio indiretto – tramite il richiamo all'art. 3, comma 4-*bis*, del d.l. n. 400/1993 – all'art. 1, comma 2, d.l. n. 400/1993, il quale fissava in sei anni la durata delle concessioni demaniali marittime e ne prevedeva il rinnovo automatico alla scadenza per la medesima durata. Tale rinvio, secondo la Commissione, finiva per privare di ogni effetto utile il testo del d.l. n. 194/2009, risultando la disciplina incompatibile con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CEE sui servizi nel mercato interno, finalmente entrata in vigore al momento della lettera di messa in mora complementare: nell'ambito applicativo di questa norma – che impone l'esperimento di una procedura trasparente in caso di rilascio di titoli autorizzatori contingentati – rientrerebbero anche le concessioni demaniali marittime, stante, secondo la Commissione, **la strutturale scarsità delle risorse naturali su cui incidono**.

La **procedura di infrazione n. 2008/4908 veniva archiviata dalla Commissione europea il 27.2.2012**, in conseguenza dell'intervenuta abrogazione, come già precisato, del comma 2 dell'art. 1 del d.l. n. 400/1993 con l'art. 11 della legge n. 217/2011 (legge comunitaria 2010). Lo stesso art. 11 delegava il Governo ad emanare, entro aprile 2013, un decreto legislativo avente ad oggetto la revisione ed il riordino della legislazione relativa alle concessioni demaniali marittime che avrebbe dovuto *«prevedere criteri e modalità di*

affidamento nel rispetto dei principi di concorrenza, libertà di stabilimento, di garanzia dell'esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti».

A seguito dell'art. 41 della legge delega n. 88/2009 è intervenuto il d.lgs. 26 marzo 2010 n. 59, di formale recepimento della direttiva 2006/123/CE. **L'art.14 del d.lgs. n.59/2010** sui regimi autorizzatori prevede espressamente: *«1. Fatte salve le disposizioni istitutive e relative ad ordini, collegi e albi professionali, regimi autorizzatori possono essere istituiti o mantenuti solo se giustificati da motivi imperativi di interesse generale, nel rispetto dei principi di non discriminazione, di proporzionalità, nonché delle disposizioni di cui al presente titolo. 2. Nelle materie di legislazione concorrente, le Regioni possono istituire o mantenere albi, elenchi, sistemi di accreditamento e ruoli, solo nel caso in cui siano previsti tra i principi generali determinati dalla legislazione dello Stato. 3. Il numero dei titoli autorizzatori per l'accesso e l'esercizio di un'attività di servizi può essere limitato solo se sussiste un motivo imperativo di interesse generale o per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili. 4. Le disposizioni del presente capo non si applicano agli aspetti dei regimi di autorizzazione che sono disciplinati direttamente o indirettamente da altri strumenti comunitari.».*

Sulla questione della durata delle concessioni balneari è intervenuta anche la **Corte costituzionale**, in più occasioni, a cominciare dalla **sentenza n. 213 del 18 luglio 2011**, in cui ha riconosciuto la prevalenza dei principi comunitari di libertà di stabilimento e di tutela della concorrenza, rispetto a mere disposizioni interne di “*proroga*” dei termini sottolineando la “*transitorietà*” dell'art. 1 comma 18 del d.l. n.194/2009 (con il quale è stato abrogato il “diritto di insistenza” a seguito dell'avvio della procedura di infrazione n. 2008/4908 della Commissione Ue) e ha ribadito che la revisione del settore demaniale marittimo deve essere realizzata *«nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di garanzia dell'esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti (omissis)».*

Inoltre, con **sentenza del 4 luglio 2013 n.171** la **Corte costituzionale** ha dichiarato illegittimo l'art. 1 della legge della Regione Liguria 30 luglio 2012 n.24, che prevedeva, a determinate condizioni, una proroga automatica delle concessioni del demanio marittimo a favore del soggetto già titolare della concessione, senza nemmeno determinarne la durata

temporale: «Come questa Corte ha ripetutamente affermato in ipotesi del tutto analoghe, il rinnovo o la proroga automatica delle concessioni viola l'art. 117, primo comma, Cost., per contrasto con i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario in tema di libertà di stabilimento e di tutela della concorrenza, determinando altresì una disparità di trattamento tra operatori economici, in violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera e), dal momento che coloro che in precedenza non gestivano il demanio marittimo non hanno la possibilità, alla scadenza della concessione, di prendere il posto del vecchio gestore se non nel caso in cui questi non chieda la proroga o la chieda senza un valido programma di investimenti. Al contempo, la disciplina regionale impedisce l'ingresso di altri potenziali operatori economici nel mercato, ponendo barriere all'ingresso, tali da alterare la concorrenza (sentenze n. 213 del 2011, nn. 340, 233 e 180 del 2010). **Queste conclusioni sono, del resto, avvalorate dai rilievi formulati dalla Commissione europea nella sopracitata procedura di infrazione**, secondo cui la Repubblica italiana, prevedendo un diritto di preferenza a favore del concessionario uscente nell'ambito della procedura di attribuzione delle concessioni del demanio pubblico marittimo, è venuta meno agli obblighi che le incombono ai sensi dell'art. 49 del TFUE e dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE.».

Nel corso degli ultimi anni il Giudice delle Leggi è intervenuto altre volte nel settore delle concessioni demaniali marittime, dichiarando l'illegittimità costituzionale di alcune leggi regionali contenenti disposizioni di proroghe "automatiche" delle stesse concessioni in quanto ostative all'ingresso nel mercato da parte di altri potenziali operatori economici (Cfr. tra le altre, la sentenza n. 9 del 2019).

In particolare, la difformità tra la legislazione interna e quella comunitaria è stata, inoltre, confermata nelle recenti sentenze n. 139 del 6 luglio 2021 (avente ad oggetto la verifica di legittimità dell'art. 2 legge regionale Friuli Venezia Giulia n. 8 del 2020) e n. 10 del 3 febbraio 2021 (avente ad oggetto la verifica di legittimità dell'art. 1 della legge regionale Calabria n. 46 del 2019), laddove è stato rilevato, oltre all'illegittimità costituzionale delle disposizioni regionali *de quibus*, che la proroga fino al 2033 delle concessioni demaniali marittime in essere non consente di organizzare procedure di selezione per l'accesso di nuovi operatori con conseguente compressione del principio comunitario di tutela della concorrenza.

Tuttavia, pur conoscendo l'avvio della nuova procedura di infrazione n. 2020/4118 C (2020)

7826 final con la lettera di messa in mora del 3 dicembre 2020 della Commissione Ue, la Corte costituzionale sembra legittimare la proroga della legislazione nazionale al 31 dicembre 2033 disposta dall'art.1 commi 682-683 della legge n.145/2018, in quanto la declaratoria di illegittimità della legge regionale del Friuli Venezia-Giulia è così motivata: *«L'invasione della competenza statale non è esclusa nemmeno nell'ipotesi in cui la legislazione regionale si limiti – come accade nella specie – a riprodurre, nella sostanza, una disciplina già prevista dalla legislazione statale, e in particolare dall'art. 1, commi 682 e 683, della legge n. 145 del 2018 e successive modificazioni. Infatti, qualsiasi disciplina che comporti una restrizione al libero accesso nel mercato di altri operatori, come certamente accade quando si stabiliscano proroghe dei rapporti concessori in corso, è riservata dall'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., alla legislazione statale, restando invece precluso qualsiasi intervento della legislazione regionale in questa materia. I criteri e le modalità di affidamento delle concessioni demaniali, infatti, devono assicurare il rispetto del principio di libera concorrenza che, per la Corte, rappresenta un limite insuperabile alle pur concorrenti competenze normative regionali.»* (v. sentenza n.139/2021).

Quindi, la Corte costituzionale, nel riservare esclusivamente alla legislazione statale l'intervento di proroga dei rapporti concessori delle aree demaniali marittime per finalità e attività turistico-ricreative, sembra implicitamente aderire alla tesi della compatibilità dell'art.1 commi 682-683 della legge n.145/2018 con il diritto dell'Unione.

Completamente **differente è stato il comportamento della Commissione europea** nei confronti delle **concessioni demaniali marittime in Portogallo e in Spagna**.

In Portogallo, ai sensi del decreto-lei n. 226-A/2007, la gara è obbligatoria per alcuni tipi di licenze e per tutte le concessioni. È tuttavia previsto che il precedente concessionario possa esercitare un diritto di prelazione nel momento in cui si procede alla riassegnazione del titolo, a condizione che accetti le condizioni dell'offerta selezionata come vincitrice dall'amministrazione. La durata massima delle concessioni è di settantacinque anni; entro questo limite, la durata è fissata caso per caso in relazione alla dimensione degli investimenti associati all'uso del bene e alla loro rilevanza economica e ambientale.

In Spagna, la ley n. 2/2013 *de Protección y Uso Sostenible del Litoral y de Modificación de*

la *Ley de Costas* prevede che la «*explotación*» dei «*servicios de temporada en las playas*» sia soggetta ad autorizzazione della durata massima di quattro anni; quanto alle concessioni, la medesima legge ha previsto una proroga fino al limite massimo di settantacinque anni (graduati in base alla destinazione d'uso dei beni), in luogo dei trenta anni precedentemente previsti (con scadenza nel 2018). Entrambe le tipologie di provvedimento sono rilasciate in base a «*principios de publicidad, objetividad, imparcialidad, transparencia y concurrencia competitiva*».

Ebbene, prima della entrata in vigore della ley n. 2/2013, **la Commissione Ue con comunicato stampa del 3 agosto 2012 ha ritenuto non applicabile alcuna direttiva comunitaria per le concessioni demaniali marittime spagnole, ritenendo compatibile con il diritto dell'Unione la legge spagnola di proroga delle concessioni balneari da 30 e 75 anni¹⁷.**

Pertanto, alla luce delle chiare indicazioni provenienti dalla Commissione europea sulle

¹⁷ Questo il comunicato stampa della Commissione europea del 3.8.2012 sulle concessioni demaniali marittime in Spagna: «Oggi la Vicepresidente della Commissione europea e Commissaria europea per la Giustizia Viviane Reding ha accolto con favore l'intenzione annunciata dalla Spagna di migliorare la certezza giuridica per i proprietari di beni immobili lungo la costa spagnola soggetti alla *Ley de Costas* (legge costiera), il cui scopo è tutelare gli habitat locali qualificando come demaniale un'area situata lungo l'intera fascia costiera. I proprietari di alloggi ubicati nella zona sostengono tuttavia che la legge, e il modo in cui viene applicata, viola i loro diritti. In molti casi si tratta di cittadini europei che hanno esercitato il proprio diritto alla libera circolazione e investito i loro risparmi in proprietà spagnole. La Commissione europea ha sollevato ripetutamente la questione con le autorità spagnole dopo aver ricevuto un gran numero di denunce da spagnoli e altri cittadini dell'Unione. La commissione per le petizioni del Parlamento europeo ha organizzato un'audizione specifica sulla questione e ha esortato le autorità spagnole a rivedere la *Ley de Costas*. Ora la Spagna propone di riformare la legge per garantire **un'effettiva tutela dell'ambiente costiero assicurando al tempo stesso maggiore certezza giuridica ai proprietari di alloggi e promuovendo le attività economiche e di altro genere, come quelle nei settori del tempo libero e del turismo.** "Il governo spagnolo fa bene a proteggere la sua splendida costa e posso solo compiacermi dell'impegno con cui cerca di migliorare la certezza giuridica e di garantire il rispetto dei diritti dei cittadini che possiedono proprietà sulla costa spagnola o che pensano di procedere a un acquisto. Il disegno di legge preliminare sarà disponibile online nelle prossime settimane: invito tutte le persone interessate, ad esempio quelle che possiedono o intendono acquistare proprietà in Spagna, a consultarlo per capire esattamente le implicazioni di queste modifiche e formulare tutte le osservazioni necessarie", ha dichiarato la Vicepresidente Viviane Reding, Commissaria europea per la Giustizia. "La nuova legge spagnola intende migliorare la certezza giuridica per i cittadini e le imprese dell'UE, permettendo loro di investire con maggiore fiducia in un contesto giuridico straniero. È una buona notizia non solo per i cittadini, ma anche per l'economia spagnola". **Il disegno di legge prolungherebbe il periodo dell'attuale concessione per il godimento dei beni situati nell'area protetta (area demaniale) da 30 a 75 anni.** Verrebbe inoltre introdotta la possibilità di cedere, previa autorizzazione, tale diritto su questi beni e di ristrutturare gli edifici ubicati in questa zona, sempre che ciò non comporti modifiche in termini di volume, altezza o superficie. Inoltre, la pubblica amministrazione sarà tenuta a registrare la linea di demarcazione definitiva e provvisoria nel registro delle proprietà, affinché gli acquirenti sappiano esattamente se l'immobile si trova in un'area protetta e abbiano informazioni precise sull'ubicazione e sull'estensione dell'area stessa. Le linee di demarcazione saranno pubblicate anche sul sito Internet del ministero dell'Ambiente spagnolo.».

concessioni demaniali marittime in Spagna e in Portogallo, il legislatore italiano con l'art. 34-duodecies del d.l. 18 ottobre 2012 n. 179, introdotto dalla legge di conversione 17 dicembre 2012 n. 221, ha ulteriormente modificato il termine di durata previsto dall'art.1 comma 18 del d.l. n.194/2009, **prorogando al 31 dicembre 2020 le concessioni demaniali marittime in corso alla data del 31.12.2018**, compensando con la proroga legislativa la scelta di abrogare il diritto di insistenza di cui all'art.37 comma 2 del Codice della Navigazione.

Altrettanto coerentemente con le indicazioni di sostanziale *nulla osta* che provenivano dalla Commissione Ue a guida del portoghese Barroso l'**art.1 comma 547 della legge n.228/2012 ha esteso l'ambito di applicazione del termine di durata al 31 dicembre 2020** dell'art.1 comma 18 del d.l. n.194/2009 **alle concessioni demaniali lacuali e fluviali in corso alla data del 31 dicembre 2018**.

Nessuna nuova procedura di infrazione è stata promossa dalla Commissione europea a seguito di questa nuova lunga proroga legislativa al 31 dicembre 2020 del termine di durata di tutte le concessioni demaniali marittime, fluviali e lacuali.

Incredibilmente, lo stato di legittima quiete per mancanza di situazione di inadempimento al diritto dell'Unione da parte della Commissione Ue *in subiecta materia*, quale garante dei Trattati, terminerà, senza alcuna ragione, in data 3 dicembre 2020, in piena pandemia da Covid-19, quando l'Istituzione Ue notificherà allo Stato italiano la lettera di messa in mora che avvierà la nuova procedura di infrazione 2020/4118 C (2020) 7826 final.

L'inaspettato inizio della nuova procedura di infrazione indurrà l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato alle due decisioni nn.17 e 18 del 2021 e al grande conseguente caos legislativo, amministrativo, sociale, economico, mediatico nel settore, che forse la sentenza AGCM del 20.4.2023 della Corte di giustizia Ue in commento riuscirà a definire e dipanare in termini di ripristino delle garanzie sovranazionali e costituzionali dei diritti lesi dei concessionari balneari.

4. Le concessioni/autorizzazioni di servizi di raccolta di scommesse e la compatibilità Ue con il diritto di stabilimento e la libera prestazione di servizi

La vicenda delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali si interseca con la

giurisprudenza comunitaria in materia di concessioni/autorizzazioni dello Stato per lo svolgimento dell'attività di raccolta di scommesse sportive e, vedremo, le due fattispecie di concessioni di servizi troveranno una specifica regolamentazione nei considerando 14 e 15 della direttiva 2014/23/CE e saranno oggetto di una riflessione coordinata della Corte di giustizia nelle due recentissime sentenze **OL (Prorogation des concessions italiennes)** del 16 marzo 2023 (causa C-507/20; EU:C:2023:219) per le concessioni in materia di raccolta di scommesse sportive e **AGCM** sulle concessioni demaniali marittime.

Il settore delle scommesse sportive in Italia è disciplinato dall'art. 88 TULPS, che prevede che per operare in tale settore siano necessari una concessione, rilasciata dall'Amministrazione Accentrata dei Monopoli di Stato (AAMS, che fa capo al Ministero dell'Economia e delle Finanze), e un'autorizzazione di polizia, rilasciata solo a soggetti concessionari, revocabile, che viene negata a chi abbia subito una condanna a determinate pene o per particolari delitti, ad esempio, per reati contro la moralità pubblica ed il buon costume o per violazione della stessa normativa relativa ai giochi d'azzardo (artt. 11 e 14 del TULPS).

Le condizioni di rilascio della concessione amministrativa per lo svolgimento delle attività di scommesse sono rilevanti ai fini penali perché l'art.4 della legge 401/1989, prevede - tra le altre fattispecie penalmente rilevanti - la reclusione da sei mesi a tre anni per chi eserciti abusivamente l'organizzazione del gioco del lotto o di scommesse o di concorsi pronostici che la legge riserva allo Stato o ad altro ente concessionario (comma 1). Alla stessa pena soggiace, per effetto delle novità apportate all'art. 4 dalla legge n.381/2000, chi, privo di concessione, autorizzazione o licenza ai sensi dell'art. 88 del TULPS, svolga in Italia qualsiasi attività organizzata al fine di accettare o raccogliere o comunque favorire l'accettazione o in qualsiasi modo la raccolta, anche per via telefonica o telematica, di scommesse di qualsiasi genere da chiunque accettati in Italia o all'estero (comma 4 bis); e chi effettui la raccolta o la prenotazione di giocate del lotto, di concorsi pronostici o di scommesse per via telefonica o telematica, ove sprovvisto di apposita autorizzazione all'uso di tali mezzi per la predetta raccolta o prenotazione (comma 4 ter).

Con il d.l. n. 226/2003 (c.d. **decreto "Bersani"**) il legislatore nazionale introdusse nel sistema qualche cauta apertura alla concorrenza, disponendo il rilascio di nuove

concessioni, mostrandosi però particolarmente attento a non ledere gli interessi dei soggetti già titolari di concessioni, dal momento che l'art. 38 del decreto prevedeva che le nuove concessioni fossero rilasciate tenendo conto, oltreché del numero di abitanti di ciascun comune, anche del numero di concessioni già rilasciate negli stessi comuni, e mantenendo una distanza minima dai soggetti già concessionari. L'AAMS inoltre era incaricata della definizione di ulteriori modalità di salvaguardia dei titolari di concessioni sulla base dei precedenti bandi.

Con la sentenza **Costa e Cifone** del 16 febbraio 2012 (causa C-72/10; EU:C:2012:80), la Corte di giustizia si è nuovamente pronunciata in via pregiudiziale sulla compatibilità tra la normativa italiana in materia di attività di raccolta di scommesse sportive - e le relative sanzioni penali in caso di svolgimento di attività non autorizzata - e due delle libertà fondamentali dell'Unione europea, quella di stabilimento (art.49 TFUE, già art.43 TCE, che garantisce il diritto dei cittadini comunitari di stabilire in modo permanente in uno Stato diverso da quello di appartenenza lo svolgimento di un'attività di lavoro autonomo) e quella di prestazione dei servizi (art.56 TFUE, già art.49 TCE, che è complementare alla prima, e garantisce la libertà di svolgere un'attività di lavoro autonomo in uno Stato membro diverso da quello di appartenenza non in forma stabile, ma con lo spostamento transfrontaliero del solo servizio).

In precedenza, la Corte di giustizia era intervenuta sulle concessioni italiane in materia di scommesse sportive con le sentenze **Gambelli** del 6 novembre 2003 (causa C-243/01, EU:C:2003:597) e **Placanica** del 6 marzo 2007 in Grande Sezione (cause riunite C-338/04, C-359/04 e C-360/04, EU:C:2007:133).

Nella causa **Costa e Cifone** la Corte di Cassazione con due parallele ordinanze del 2009 chiese in via pregiudiziale alla Corte di giustizia in via pregiudiziale se l'interpretazione corretta degli artt. 43 e 49 TCE (oggi, artt. 49 e 56 TFUE) ostasse:

- all'esistenza di un indirizzo generale manifestato dal legislatore italiano a tutela di soggetti già titolari di concessioni rilasciate da bandi dai quali erano stati illegittimamente esclusi altri operatori;
- alla presenza di disposizioni che di fatto garantiscono il mantenimento delle posizioni commerciali acquisite sulla base di una procedura dalla quale erano stati illegittimamente

esclusi alcuni operatori.

In buona sostanza, la Cassazione chiedeva alla Corte di Lussemburgo se, nonostante l'avvenuta apertura dei bandi di gara alle società di capitali, e quindi alle società straniere che erano prevalentemente costituite in tale forma, le nuove disposizioni continuassero a favorire illegittimamente gli operatori economici nazionali.

La Corte di giustizia nella sentenza Costa e Cifone ha evidenziato come spettasse al legislatore nazionale predisporre i migliori strumenti giuridici per rimediare all'illegittima esclusione di alcuni operatori (le società di capitali di cui si era già occupata nella sentenza Placanica) dai bandi per l'ottenimento di concessioni, purché tali strumenti non siano meno favorevoli di quelli applicabili a situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza) e non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività). Queste condizioni non erano soddisfatte, secondo la Corte, dai bandi del 2006 poiché essi avevano perpetuato la violazione degli artt. 43 e 49 TCE, continuando a danneggiare i soggetti – in gran parte stranieri - illegittimamente esclusi dai precedenti bandi (sono quindi contrari al principio di equivalenza) e non avevano assicurato il godimento dei diritti garantiti dalle norme comunitarie sulla libertà di stabilimento e di prestazione di servizi (in contrasto col principio di effettività).

Anche la parità di trattamento tra operatori nazionali e stranieri può subire eccezioni (i motivi imperativi d'interesse generale), ma motivi di natura economica - quali la protezione dell'investimento effettuato dagli aggiudicatari nel 1999 - non possono mai giustificare una restrizione a una libertà fondamentale. Neanche la fissazione di soglie massime di concessioni per numero di abitanti o di distanze minime tra i titolari di nuove concessioni e i già concessionari può essere fatta rientrare nell'esigenza imperativa di limitare le occasioni di gioco, giacché ciò sarebbe incoerente con la politica di espansione del settore dei giochi d'azzardo perseguita per finalità fiscali dallo Stato italiano anche coi bandi del 2006.

Secondo la Corte europea, quindi, gli artt. 43 e 49 TCE nonché il principio di effettività e di parità di trattamento ostano a una normativa nazionale, come quella italiana, che, cercando di rimediare all'illegittima esclusione dallo svolgimento di un'attività economica

di una determinata categoria di operatori economici, preveda il rilascio di nuove concessioni con modalità intese a favorire i soggetti che già svolgono quell'attività sulla base dei bandi dai quali la prima categoria di soggetti è stata illegittimamente esclusa.

In tutte e tre le sentenze Gambelli, Placanica e Costa e Cifone sulle concessioni di servizi per l'attività di raccolta di scommesse sportive la Corte di giustizia ha applicato le norme primarie del Trattato e i principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, in mancanza di direttive di regolamentazione del settore. Il vuoto legislativo europeo sarà colmato dalla direttiva 2014/23/CE.

5. Il diritto dell'Unione in subjecta materia: b) la direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione e l'esclusione delle concessioni demaniali marittime dal campo di applicazione del diritto dell'Unione.

La direttiva 2014/23/UE¹⁸ del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione viene emanata contestualmente alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici, che abroga la direttiva 2004/18/CE, nonché alla direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, che abroga la direttiva 2004/17/CE.

I **considerando n.1 e n.4** della **direttiva 2014/23/UE** manifestano le difficoltà incontrate dal legislatore europeo nell'intervenire *in subjecta materia*, con particolare riferimento alle **concessioni di servizi**, regolamentate soltanto dalle norme primarie dei Trattati:

« **(1)** *L'assenza di una chiara normativa che disciplini a livello dell'Unione l'aggiudicazione dei contratti di concessione dà luogo a incertezza giuridica, ostacola la libera fornitura di servizi e provoca distorsioni nel funzionamento del mercato interno. Di conseguenza, gli operatori economici, in particolare le piccole e medie imprese (PMI), vengono privati dei loro diritti nell'ambito del mercato interno e perdono importanti opportunità commerciali, mentre le autorità pubbliche talvolta non riescono a utilizzare il denaro pubblico nella maniera migliore, in modo da offrire ai cittadini dell'Unione servizi*

¹⁸ Sulla direttiva 2014/23/UE v., G. Fidone, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in RIDPC, 2015, p. 101 ss., ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici; G. Greco, *La direttiva in materia di "concessioni"*, ibidem, 2015, p. 1095 ss..

di qualità ai prezzi migliori. Un quadro giuridico idoneo, equilibrato e flessibile per l'aggiudicazione di concessioni garantirebbe un accesso effettivo e non discriminatorio al mercato a tutti gli operatori economici dell'Unione assicurando altresì la certezza giuridica e favorendo quindi gli investimenti pubblici in infrastrutture e servizi strategici per i cittadini. Tale quadro giuridico consentirebbe inoltre di fornire maggiore certezza giuridica agli operatori economici e potrebbe costituire una base e uno strumento per aprire maggiormente i mercati internazionali degli appalti pubblici e rafforzare gli scambi commerciali mondiali. Particolare importanza dovrebbe essere attribuita al miglioramento delle possibilità di accesso delle PMI a tutti i mercati delle concessioni dell'Unione.»

*« (4) Attualmente, l'aggiudicazione delle concessioni di lavori pubblici è soggetta alle norme di base della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio[del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU 2004, L 134, pag. 114)], mentre **l'aggiudicazione delle concessioni di servizi con interesse transfrontaliero è soggetta ai principi del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi, nonché ai principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza. Vi è il rischio di mancanza di certezza giuridica dovuto a interpretazioni divergenti dei principi del trattato da parte dei legislatori nazionali e a profonde disparità tra le legislazioni dei diversi Stati membri. Tale rischio è stato confermato dalla copiosa giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, che tuttavia ha affrontato solo parzialmente alcuni aspetti dell'aggiudicazione dei contratti di concessione.»***

Partendo da queste premesse e dalle difficoltà di inquadramento e regolamentazione della materia evidenziate nei considerando 1 e 4, la direttiva 2014/23/UE si applica sia alle concessioni di lavoro che a quelle di servizi e il legislatore dell'Unione fornisce una definizione articolata dell'istituto della concessione, funzionale da un lato a definire l'ambito oggettivo di applicazione della direttiva in questione, dall'altro a distinguere la concessione dall'appalto pubblico, che rientra nel campo di applicazione delle contestuali direttive 2014/24/UE e 2015/25/UE.

Gli elementi di interesse rispetto al campo di applicazione della nuova direttiva non sono

limitati alla distinzione tra concessione e appalto e concernono anche le principali esclusioni, con particolare riferimento alle **concessioni/autorizzazioni di servizi in materia di raccolta di scommesse** e alle **concessioni di beni demaniali**.

Sulle **concessioni/autorizzazioni di servizi** la direttiva 2014/23/UE con il **considerando n.14**¹⁹ chiarisce: *«Inoltre, non dovrebbero configurarsi come concessioni determinati atti dello Stato membro, quali autorizzazioni o licenze, con cui lo Stato membro o una sua autorità pubblica stabiliscono le condizioni per l'esercizio di un'attività economica, inclusa la condizione di eseguire una determinata operazione, concesse di norma su richiesta dell'operatore economico e non su iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore e nel cui quadro l'operatore economico rimane libero di recedere dalla fornitura dei lavori o servizi. Nel caso di tali atti dello Stato membro, si applicano le disposizioni specifiche della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio. A differenza di detti atti dello Stato membro, i contratti di concessione stabiliscono obblighi reciprocamente vincolanti in virtù dei quali l'esecuzione di tali lavori o servizi è soggetta a specifici requisiti definiti dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore e aventi forza esecutiva.»*.

La direttiva 2014/23/UE interviene specificamente sulle **concessioni/autorizzazioni di servizi in materia di raccolta di scommesse** con il **35° considerando**: *«La presente direttiva non dovrebbe pregiudicare la libertà degli Stati membri di scegliere, conformemente al diritto dell'Unione, le modalità di organizzazione e di controllo dell'esercizio dell'attività dei giochi d'azzardo, anche mediante autorizzazioni. È opportuno escludere dall'ambito di applicazione della presente direttiva le concessioni relative alla gestione di lotterie aggiudicate da uno Stato membro ad un operatore economico sulla base di un diritto esclusivo concesso mediante una procedura non ad evidenza pubblica ai sensi delle applicabili disposizioni legislative, regolamentari nazionali o delle applicabile disposizioni amministrative nazionali pubblicate, conformemente al TFUE. Tale esclusione è giustificata dalla concessione di un diritto esclusivo ad un operatore economico che rende inapplicabile una procedura competitiva nonché dalla necessità di preservare la possibilità per gli Stati membri di regolare a livello nazionale il settore dei giochi d'azzardo in virtù dei*

¹⁹ Il considerando n.14 della direttiva 2014/23/UE viene richiamato soltanto dall'Avvocato generale Szpunar al punto 64 delle conclusioni scritte depositate il 25 febbraio 2016 nelle cause riunite C-458/14 Promoimpresa e C-67/15 Melis (EU:C:2016:122).

loro obblighi di tutela dell'ordine pubblico e sociale.».

In buona sostanza, non solo la direttiva 2014/23/UE con il 35° considerando esclude le concessioni/autorizzazioni in materia di scommesse dal suo campo di applicazione, ma tale settore rimane espressamente escluso, alla luce del 14° considerando della stessa direttiva sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, anche dal campo di applicazione della direttiva 2006/123/CE di cui rimane invariata la previsione in tal senso dell'art.2 paragrafo 2 lettera h) della direttiva Bolkestein.

Viceversa e con chiarezza, **il 15° considerando²⁰ la direttiva 2014/23/UE esclude le concessioni demaniali marittime, fluviali e lacuali dal campo di applicazione sia della stessa direttiva sull'aggiudicazione dei contratti di concessione sia della direttiva 2006/123/CE che**, diversamente dal 14° considerando della direttiva 2014/23/UE, **non viene richiamata: «Inoltre, taluni accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, quali terreni o qualsiasi proprietà pubblica, in particolare nel settore dei porti marittimi o interni o degli aeroporti, mediante i quali lo Stato oppure l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore fissa unicamente le condizioni generali d'uso senza acquisire lavori o servizi specifici, non dovrebbero configurarsi come concessioni ai sensi della presente direttiva. Ciò vale di norma per i contratti di locazione di beni o terreni di natura pubblica che generalmente contengono i termini che regolano la presa di possesso da parte del conduttore, la destinazione d'uso del bene immobile, gli obblighi del locatore e del conduttore per quanto riguarda la manutenzione del bene immobile, la durata della locazione e la restituzione del possesso del bene immobile al locatore, il canone e le spese accessorie a carico del conduttore.»**

L'art.10 paragrafo 8 lettera a) della direttiva 2014/23/UE conferma, quindi, l'esclusione delle CDM dal campo di applicazione delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici (o concessioni pubbliche) di servizi già prevista, come si è anticipato, dall'art.1 lettera a) punto iii) della direttiva 92/50/CEE e dall'art.16 lettera a) della direttiva 2004/18/CE: «8. La presente direttiva non si applica alle concessioni per: a) l'acquisto o la locazione, quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o

²⁰ Il considerando n.15 della direttiva 2014/23/UE viene richiamato dalla Corte di giustizia trascrivendone il contenuto come normativa dell'Unione applicabile alla fattispecie di causa al punto 15 della **sentenza Promoimpresa** e al punto 3 della **sentenza OL (Prorogation des concessions italiennes)**.

altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni».

Ne consegue che, alla luce del combinato disposto dei considerando n.14 e n.15 e dell'art.10 paragrafo 8 lettera a) della direttiva 2014/23/UE, il legislatore europeo ha espressamente previsto, come già concluso nel presente scritto nell'analizzare la disciplina comunitaria fino alla direttiva Bolkestein, che **nè gli artt.49 e 56 del TFUE nè alcuna disposizione del diritto comunitario derivato poteva essere applicata direttamente o indirettamente alle concessioni demaniali marittime (lacuali e fluviali) essendo concessioni di beni pubblici per attività turistico-ricreative che implicano l'esercizio indiretto di poteri pubblici,** compresa la direttiva 2006/123/CE, ritenuta invece applicabile ad alcune tipologie di concessioni/autorizzazioni di servizi, che *«stabiliscono le condizioni per l'esercizio di un'attività economica, inclusa la condizione di eseguire una determinata operazione, concesse di norma su richiesta dell'operatore economico e non su iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore e nel cui quadro l'operatore economico rimane libero di recedere dalla fornitura dei lavori o servizi»*, in base al 14° considerando della direttiva sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

Peraltro, il **considerando n.8 della direttiva 2014/23/UE** anticipa che soltanto l'aggiudicazione delle concessioni (di lavori o) di servizi che superino un determinato valore sono assoggettate alle regole della concorrenza e di procedure di evidenza pubblica: *«Nel caso di concessioni pari o superiori a un determinato valore, è opportuno procedere a un coordinamento minimo delle procedure nazionali per l'aggiudicazione di tali contratti sulla base dei principi del TFUE, nell'ottica di garantire l'apertura delle concessioni alla concorrenza e un adeguato livello di certezza giuridica. Tali norme di coordinamento dovrebbero limitarsi a quanto è necessario per realizzare gli obiettivi succitati e garantire un certo livello di flessibilità. Gli Stati membri dovrebbero avere la facoltà di completare e sviluppare ulteriormente tali norme qualora lo ritenessero opportuno, in particolare per meglio garantire la conformità ai summenzionati principi.»*.

Infatti, l'**art.8 della direttiva 2014/23/UE** disciplina la soglia e i metodi di calcolo del valore stimato delle concessioni (paragrafo 1) il cui valore sia pari o superiore a € 5.186.000 (somma elevata ad € 5.350.000 dal Regolamento delegato UE 2019/1827 della Commissione del 30.10.2019), stabilendo altresì che il valore di una concessione è costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto

dell'IVA, stimato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori e servizi (paragrafo 2).

Inoltre, la stessa **nozione di concessione di servizi** di cui **all'art.5 paragrafo 1 lettera b) della direttiva 2014/23/CE** appare **incompatibile con la nozione di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali descritta dal 15° considerando della stessa direttiva**: *«b) «concessione di servizi» si intende un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera a) ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo.»*

L'art.43 paragrafo 1 lettere a) ed e) e paragrafi 4 e 5 della direttiva 2014/23/CE, intitolato *«Modifica dei contratti esistenti»*, incide sul piano teorico, come vedremo dall'analisi della sentenza SISAL della Corte di giustizia del 2.9.2021 (v. *infra*), sulla disciplina delle proroghe delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali, se e nella misura in cui tale direttiva fosse applicabile al settore delle CDM, in quanto prevede: *«1. Le concessioni possono essere modificate senza una nuova procedura di aggiudicazione della concessione a norma della presente direttiva nei casi seguenti: a) se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi, o opzioni. Tali clausole fissano la portata e la natura di eventuali modifiche o opzioni, nonché le condizioni alle quali possono essere impiegate. Esse non apportano modifiche o opzioni che altererebbero la natura generale della concessione; (...) e) se le modifiche, a prescindere dal loro valore, non sono sostanziali ai sensi del paragrafo 4. (...) 4. La modifica di una concessione durante il periodo della sua validità è considerata sostanziale ai sensi del paragrafo 1, lettera e), [quando] muta sostanzialmente la natura della concessione rispetto a quella inizialmente conclusa. In ogni caso, fatti salvi i paragrafi 1 e 2, una modifica è considerata sostanziale se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte: a) la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura iniziale di aggiudicazione della concessione, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa*

da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione della concessione; b) la modifica cambia l'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario in modo non previsto dalla concessione iniziale; c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione della concessione; d) se un nuovo concessionario sostituisce quello cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore avevano inizialmente aggiudicato la concessione in casi diversi da quelli previsti al paragrafo 1, lettera d). 5. Una nuova procedura di aggiudicazione di una concessione in conformità della presente direttiva è richiesta per modifiche delle disposizioni di una concessione durante il periodo della sua validità diverse da quelle previste ai paragrafi 1 e 2».

Ai sensi dell'**art.51 paragrafo 1 della direttiva 2014/23/UE**, intitolato «Recepimento», gli Stati membri erano tenuti a mettere in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi a detta direttiva entro il 18 aprile 2016.

Il **d.lgs. 18 aprile 2016 n.50** (codice dei contratti pubblici) ha recepito le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25 e, coerentemente, **all'art.17 comma 1 lettera a) ha escluso l'applicazione delle disposizioni del codice** «agli appalti e alle concessioni di servizi: a) aventi ad oggetto l'acquisto o la locazione, quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni», ripetendo le analoghe previsioni dell'**art. 19 del d.lgs. n.163/2006** e dell'**art.5 comma 2 lettera a) del d.lgs. n.157/1995**.

L'**art.56 comma 1 lettera e) del d.lgs. 31 marzo 2023 n.36** (“Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici”) a decorrere dal 1° luglio 2023, con l'abrogazione del d.lgs. n.50/2016, sostituirà con identica formulazione l'art.17 comma 1 lettera a) del codice dei contratti pubblici ancora attualmente in vigore, elevando, sempre con decorrenza dal 1.7.2023, all'art.14 comma 1 lettera a) del nuovo decreto fino ad euro 5.382.000 la soglia di rilevanza europea degli appalti pubblici di lavori e per le concessioni.

Come sia stato possibile soltanto concepire obblighi comunitari di procedere a gare pubbliche per l'affidamento di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali, in presenza di un siffatto organico quadro di normativa sovranazionale e interna che esclude

qualsiasi obbligo in tale direzione, rappresenta un esercizio intellettuale che va riservato alla feconda (ma non puntuale nè esaustiva nella ricostruzione del diritto comunitario applicabile al settore) attività interpretativa della giurisprudenza amministrativa e della Commissione europea, con l'esimente, sugli errori ermeneutici di diritto dell'Unione commessi dal Consiglio di Stato, della confusione provocata *in subiecta materia* dalla sentenza Promoimpresa della Corte di giustizia.

6. La sentenza Promoimpresa della CGUE sulle concessioni demaniali marittime, fluviali e lacuali che forse non entrano nel campo di applicazione della Bolkestein

Nonostante dunque il quadro normativo europeo e quello di recepimento interno delle direttive comunitarie si fossero ormai delineati nel senso di escludere l'aggiudicazione delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali dal campo di applicazione sia della direttiva 2006/123/CE sia della direttiva 2014/23/UE, i Giudici amministrativi hanno proposto due distinte domande pregiudiziali alla Corte di giustizia.

Nella prima controversia (causa C-458/14²¹) la Promoimpresa Srl nel procedimento principale davanti al Giudice del rinvio pregiudiziale (TAR Lombardia) si contrapponeva al Consorzio dei Comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro e alla Regione Lombardia in merito, in primo luogo, alla decisione del Consorzio di negare alla Promoimpresa il rinnovo di una concessione demaniale lacuale rilasciata in data 16 giugno e 17 agosto 2006 di cui essa beneficiava ai fini dello sfruttamento di un'area demaniale ad uso chiosco, bar, veranda, bagni, banchina e pontile, compresa nel demanio del Lago di Garda, con scadenza al 31 dicembre 2010, prorogata al 31 dicembre 2020 dall'art.1 comma 18 del d.l. n.194/2009, nel testo allora vigente; in secondo luogo, alla decisione della Regione Lombardia di assoggettare l'attribuzione delle concessioni demaniali lacuali a una procedura di selezione comparativa.

Nella seconda controversia (causa C-67/15²²) il sig. Melis ed altri erano concessionari

²¹ La prima ordinanza pregiudiziale è stata sollevata dal TAR Lombardia con l'ordinanza del 5 marzo 2014 nella causa C-458/14 Promoimpresa srl e concerne la proroga della concessione per lo sfruttamento di un'area demaniale ad uso chiosco, bar, veranda, bagni, banchina e pontile, compresa nel demanio del Lago di Garda.

²² La seconda ordinanza pregiudiziale è stata sollevata dal TAR Sardegna con l'ordinanza del 28 gennaio 2015 nella causa C-67/15 Melis ed altri e concerne la proroga della concessione demaniale marittima per le attività turistico-ricreative nel demanio in provincia di Olbia, di competenza del Comune di Loiri Porto San Paolo.

demaniali marittimi di attività turistico-ricreative nell'area della spiaggia del Comune di Loiri Porto San Paolo nella provincia di Olbia-Tempio, sulla base di concessioni di beni del demanio pubblico marittimo rilasciate nel 2004 per un periodo di sei anni, successivamente prorogate per la durata di un anno, che avevano presentato al Comune richiesta di un formale provvedimento di proroga fino al 31 dicembre 2020, sempre ai sensi dell'art.1 comma 18 del d.l. n.194/2009. Viceversa, l'11 maggio 2012 il Comune di Loiri Porto San Paolo, dopo l'approvazione del piano di utilizzo dei litorali, aveva pubblicato un bando per l'aggiudicazione di sette nuove concessioni demaniali marittime, alcune delle quali relative ad aree che costituivano già oggetto delle concessioni rilasciate al sig. Melis e agli altri concessionari, che avevano impugnato tale provvedimento davanti al TAR Sardegna, giudice del rinvio della causa C-67/15.

Nelle osservazioni scritte della causa Melis ed altri depositate il 24 giugno 2015 il Governo italiano ha molto insistito sulla compatibilità della proroga delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali con il diritto dell'Unione alla luce del principio del legittimo affidamento dei concessionari al rinnovo delle concessioni (punti 17 – 41), ma non ha preso nessuna posizione scritta sull'applicabilità o meno al settore delle concessioni demaniali, marittime e lacuali della direttiva 2014/23/UE e in particolare del 15° considerando di detta direttiva.

L'Avvocato generale Szpunar ha presentato le conclusioni scritte il 25 febbraio 2016, senza tener conto della integrale disciplina del diritto comunitario (non) applicabile al settore delle concessioni demaniali marittime e lacuali, affermando decisamente l'applicazione dell'art.12 della direttiva Bolkestein e limitandosi a richiamare al punto 64 soltanto in parte il considerando n.14 della direttiva 2014/23/UE, precisando in nota 14 che la predetta direttiva sull'aggiudicazione dei contratti di concessione non si applica *ratione temporis* alle fattispecie delle due cause pregiudiziali: *«Tali considerazioni sono confermate dal considerando 14 della direttiva 2014/23, da cui risulta che non dovrebbero configurarsi come concessioni determinati atti quali autorizzazioni o licenze, segnatamente qualora l'operatore economico rimanga libero di recedere dalla fornitura dei lavori o servizi. A differenza di detti atti, i contratti di concessione stabiliscono obblighi reciprocamente vincolanti in virtù dei quali l'esecuzione di tali lavori o servizi è soggetta a specifici requisiti definiti dall'amministrazione aggiudicatrice»*.

L'Avvocato generale delle cause Promoimpresa e Melis, dunque, ha omesso al punto 64 il richiamo alla direttiva 2006/123/CE operato all'interno del considerando n.14 della direttiva 2014/23/UE per quelle autorizzazioni o licenze che non dovrebbero configurarsi come concessioni nel caso in cui l'operatore economico rimanga libero di recedere dalla fornitura dei lavori o servizi: «*Nel caso di tali atti dello Stato membro, si applicano le disposizioni specifiche della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.*».

Tuttavia, le carenze interpretative più gravi delle conclusioni scritte dell'Avvocato generale Szpunar sono legate all'omessa valutazione del 15° considerando della direttiva 2014/23/UE, del considerando n.57 2° capoverso e degli artt. 2 paragrafo 2 lettera i), 3 paragrafo 1 e 44 della direttiva 2006/123/CE.

La Corte di giustizia nella sentenza Promoimpresa²³ del 14 luglio 2016 nelle cause riunite C-458/14 e C-67/15 (EU:C:2016:558) ai punti 36 – 48 **ha escluso decisamente che le concessioni demaniali marittime – esaminate nella causa C-67/15 – possano rientrare nel campo di applicazione sia dell'art.12, paragrafi 1 e 2, della direttiva Bolkestein 2006/123/CE sia dell'art.49 TFUE.**

Preliminarmente, la Corte Ue ha individuato al punto 4 tra la normativa Ue astrattamente applicabile il considerando n.57 2° capoverso della direttiva 2006/123.

Inoltre, la **Corte Ue ha individuato al punto 7 tra la normativa Ue astrattamente applicabile il considerando n.15 della direttiva 2014/23/UE**, il che implica - in combinato disposto con il considerando n.14 della stessa direttiva 2014/23/CE e con il considerando n.57 2° capoverso della direttiva 2006/123/CE e a differenza di quanto sostenuto dall'Avvocato generale Szpunar al punto 64 e in nota 14 delle sue conclusioni scritte - l'applicazione dell'art.3 paragrafo 1 della direttiva 2006/123/CE, l'operatività dell'esclusione dalla direttiva Bolkestein di cui all'art. 2 paragrafo 2 lettera i) e la conseguente non applicabilità per irrilevanza *ratione materiae* dell'art.44 della stessa direttiva servizi, che sarebbe andato comunque in contrasto con il divieto di direttive di

²³ Inusualmente, nel Collegio a cinque della V Sezione della Corte di giustizia che ha deciso le cause riunite Promoimpresa e Melis c'era anche il Giudice italiano prof. Antonio Tizzano, all'epoca Vice Presidente della Corte Ue. All'udienza di trattazione orale delle cause riunite del 3 dicembre 2015 è comparsa quale esperta per conto dello Stato italiano anche la prof.ssa Lucia Serena Rossi, insieme alla tradizionale difesa erariale dell'Avvocatura dello Stato. Come è noto, a ottobre 2018 la prof.ssa Rossi subentrerà al prof. Tizzano come Giudice comunitario italiano e presiederà, anche in questo caso inusualmente, il Collegio a tre della IX Sezione della Corte Ue che deciderà con la sentenza del 16 marzo 2023 la causa **OL (Prorogation des concessions italiennes)**.

armonizzazione nel settore del turismo, fissato dall'art.195 TFUE, entrato in vigore il 1° dicembre 2009.

Secondo la Corte di giustizia, oggetto dei procedimenti principali sono talune concessioni demaniali marittime e lacuali rilasciate dalle autorità pubbliche e che mirano allo sfruttamento di un'area demaniale a fini turistico-ricreativi (sentenza Promoimpresa, punto 40). Tali concessioni possono quindi essere qualificate come «autorizzazioni», ai sensi delle disposizioni della direttiva 2006/123, in quanto costituiscono atti formali, qualunque sia la loro qualificazione nel diritto nazionale, che i prestatori devono ottenere dalle autorità nazionali al fine di poter esercitare la loro attività economica (sentenza Promoimpresa, punto 41). Occorre, dall'altro lato, sottolineare che le concessioni di cui ai procedimenti principali riguardano risorse naturali ai sensi dell'articolo 12 della direttiva 2006/123, dato che le aree demaniali in questione sono situate o sulle rive del Lago di Garda o sulle coste marittime italiane (sentenza Promoimpresa, punto 42).

A questo punto, però, la Corte di giustizia ai punti 44 – 48 ha affermato categoricamente che le concessioni demaniali, come concessioni di beni, non rientrano tra le concessioni di servizi e, quindi, non rientrano nel campo di applicazione della direttiva 2006/123/CE: *«44. Peraltro, nei limiti in cui i giudici del rinvio ritengono che le concessioni di cui ai procedimenti principali possano costituire concessioni di servizi, occorre precisare che, secondo il considerando 57 della direttiva 2006/123, le disposizioni della medesima riguardanti i regimi di autorizzazione non attengono alla conclusione di contratti da parte delle autorità competenti per la fornitura di un determinato servizio che rientra nelle norme relative agli appalti pubblici. 45. Ne risulta che le disposizioni relative ai regimi di autorizzazione della direttiva 2006/123 non sono applicabili a concessioni di servizi pubblici che possano, in particolare, rientrare nell'ambito della direttiva 2014/23. 46. A tale riguardo occorre ricordare che una concessione di servizi è caratterizzata, in particolare, da una situazione in cui un diritto di gestire un servizio determinato viene trasferito da un'autorità aggiudicatrice ad un concessionario e che questi dispone, nell'ambito del contratto concluso, di una certa libertà economica per determinare le condizioni di gestione di tale diritto, restando parallelamente in larga misura esposto ai rischi connessi a detta gestione (v., in tal senso, sentenza dell'11 giugno 2009, Hans & Christophorus Oymanns, C-300/07, EU:C:2009:358, punto 71). 47. Orbene, nei*

procedimenti principali, come sottolinea la Commissione, le concessioni vertono non su una prestazione di servizi determinata dell'ente aggiudicatore, bensì sull'autorizzazione a esercitare un'attività economica in un'area demaniale. Ne risulta che le concessioni di cui ai procedimenti principali non rientrano nella categoria delle concessioni di servizi (v., per analogia, sentenza del 14 novembre 2013, Belgacom, C-221/12, EU:C:2013:736, punti da 26 a 28). 48. Un'interpretazione siffatta è inoltre corroborata dal considerando 15 della direttiva 2014/23. Quest'ultimo precisa infatti che taluni accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, quali terreni, mediante i quali lo Stato fissa unicamente le condizioni generali d'uso dei beni o delle risorse in questione, senza acquisire lavori o servizi specifici, non dovrebbero configurarsi come «concessione di servizi» ai sensi di tale direttiva.».

Francamente singolare, poi, è il ragionamento della Corte Ue nel prosieguo della motivazione della sentenza Promoimpresa, quando ha affidato al giudice nazionale al punto 49 la valutazione se le concessioni di cui ai procedimenti principali rientrassero o meno nell'ambito di applicazione dell'art.12 della direttiva Bolkestein e potessero così essere soggetto a una procedura di selezione tra i candidati potenziali che deve presentare tutte le garanzie di imparzialità e di trasparenza, in particolare un'adeguata pubblicità.

In buona sostanza, dopo aver escluso le concessioni demaniali dalla nozione di concessioni di servizi sul piano dell'interpretazione comunitaria di competenza esclusiva del Collegio lussemburghese, **la Corte europea ha, inusualmente e in contrasto con la sua stessa granitica giurisprudenza in materia di irricevibilità delle questioni pregiudiziali** (recentemente, v. Corte di giustizia, sentenza 9.3.2023 in causa C-50/22, punto 17), **rimandato per l'applicazione della direttiva 2006/123/CE all'incompetente giudice nazionale**, che dovrebbe fare la valutazione prevista al punto 43 della sentenza Promoimpresa, cioè dovrebbe valutare se si tratta del caso in cui il rilascio di autorizzazioni/concessioni sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali **a livello comunale**, e quindi sia obbligatorio procedere a procedura comparativa per l'assegnazione della concessione: *«Per quanto riguarda, più specificamente, la questione se dette concessioni debbano essere oggetto di un numero limitato di autorizzazioni per via della scarsità delle risorse naturali, spetta al giudice nazionale verificare se tale requisito sia*

soddisfatto. A tale riguardo, il fatto che le concessioni di cui ai procedimenti principali siano rilasciate a livello non nazionale bensì comunale deve, in particolare, essere preso in considerazione al fine di determinare se tali aree che possono essere oggetto di uno sfruttamento economico siano in numero limitato.».

Come vedremo, la Corte di giustizia nella sentenza AGCM del 20.4.2023 correggerà ai punti 44-47 il grave errore interpretativo commesso nella sentenza Promoimpresa della CGUE, ripreso dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, sulla determinazione della scarsità delle risorse naturali del demanio marittimo, lacuale e fluviale da autorizzazione per le concessioni di attività turistico-ricreative, limitata a livello locale o comunale e non estesa a livello generale e nazionale.

Sulla stessa linea interpretativa illogica si è mossa la Corte Ue quando ha trattato dell'applicazione dell'art.49 TFUE, nella parte in cui il Giudice comunitario preliminarmente ha chiarito che qualsiasi misura nazionale in un settore che abbia costituito oggetto di un'armonizzazione completa a livello dell'Unione deve essere valutata in rapporto non alle disposizioni del diritto primario, ma a quelle di tale misura di armonizzazione (sentenza Promoimpresa, punto 59), cioè alla direttiva 2006/123/CE, considerata negli articoli da 9 a 13 direttiva di armonizzazione esaustiva concernente i servizi che rientrano nel loro campo di applicazione, tra cui però non rientrano le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per attività turistico-ricreative (sentenza Promoimpresa, punti 44 – 48), in base al combinato disposto dei considerando n.14 e n.15 della direttiva 2014/23/UE.

Però, se il giudice nazionale vuole, può far rientrare dalla finestra apodittica della sua valutazione l'accertamento del numero limitato di autorizzazioni disponibili per una determinata attività per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili (sentenza Promoimpresa, punti 43, 49 e 62).

Solo nel caso in cui le concessioni demaniali non rientrino tra le concessioni di servizi della direttiva 2006/123/CE nella valutazione dell'incompetente Giudice nazionale e non di quella (unicamente) competente del Giudice comunitario, allora la Corte Ue può valutare l'eventuale contrasto tra la norma primaria dell'art.49 TFUE e la disposizione interna di proroga automatica della durata delle concessioni demaniali.

La Corte ha, infatti, evidenziato (sentenza Promoimpresa, punto 64) che le autorità pubbliche, qualora intendano assegnare una concessione che non rientra nell'ambito di applicazione delle direttive relative alle diverse categorie di appalti pubblici, sono tenute a rispettare le regole fondamentali del Trattato FUE, in generale, e il principio di non discriminazione, in particolare (v., in tal senso, sentenza del 17 luglio 2008, ASM Brescia, C-347/06, EU:C:2008:416, punti 57 e 58 nonché giurisprudenza ivi citata), trascurando di effettuare un'interpretazione coerente con gli artt.50 e 51 del TFUE e con il combinato disposto dei considerando n.14 e n.15 della direttiva 2014/23/UE e dell'art.2 paragrafo 2 lettera i) della direttiva 2006/123/CE.

In particolare, qualora siffatta concessione presenti un interesse transfrontaliero certo, la sua assegnazione in totale assenza di trasparenza ad un'impresa con sede nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice costituisce una disparità di trattamento, vietata dall'art.49 TFUE, a danno di imprese con sede in un altro Stato membro che potrebbero essere interessate alla suddetta concessione (sentenza Promoimpresa, punto 65).

La Corte Ue ha ricordato che, per quanto riguarda l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, occorre evidenziare che quest'ultimo deve essere valutato sulla base di tutti i criteri rilevanti, quali l'importanza economica dell'appalto, il luogo della sua esecuzione o le sue caratteristiche tecniche, tenendo conto delle caratteristiche proprie dell'appalto in questione (sentenza Promoimpresa, punto 66), ed ha escluso che per la concessione demaniale marittima della causa C-67/15 esistesse un interesse transfrontaliero certo, dichiarando così irricevibile la prima questione sollevata dal TAR Sardegna nella sua ordinanza pregiudiziale sulla presunta violazione dell'art.49 TFUE.

In questo senso, la Corte ai punti 71 e 72 sembra accogliere l'argomento del Governo italiano nelle osservazioni scritte, secondo cui va salvaguardato il principio della certezza del diritto, in assenza di un interesse transfrontaliero certo: *«71 Infine, nei limiti in cui il governo italiano fa valere che le proroghe attuate dalla normativa nazionale mirano a consentire ai concessionari di ammortizzare i loro investimenti, occorre precisare che una siffatta disparità di trattamento può essere giustificata da motivi imperativi di interesse generale, in particolare dalla necessità di rispettare il principio della certezza del diritto (v., in tal senso, sentenze del 17 luglio 2008, ASM Brescia, C-347/06, EU:C:2008:416, punto 64, nonché del 14 novembre 2013, Belgacom, C-221/12, EU:C:2013:736, punto 38). 72 In*

tal senso, è stato statuito che il principio della certezza del diritto, nel caso di una concessione attribuita nel 1984, quando non era ancora stato dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo avrebbero potuto essere soggetti a obblighi di trasparenza, esige che la risoluzione di siffatta concessione sia corredata di un periodo transitorio che permetta alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili, in particolare, dal punto di vista economico (v., in tal senso, sentenze del 17 luglio 2008, ASM Brescia, C-347/06, EU:C:2008:416, punti 70 e 71, nonché del 14 novembre 2013, Belgacom, C-221/12, EU:C:2013:736, punto 40).».

Pertanto, poco comprensibile è stata la complessiva risposta della Corte per quanto riguarda almeno l'ordinanza pregiudiziale della causa Melis C-67/15 sulla proroga delle concessioni demaniali marittime, laddove la conformazione costiera dell'intera penisola italiana esclude *ex sé* la scarsità delle risorse naturali da utilizzare per esigenze turistico-ricreative (sentenza AGCM, punti 44-47).

Anche il punto della sentenza Promoimpresa sulla prova dell'interesse transfrontaliero certo sarà pesantemente corretto dalla sentenza AGCM del 20.4.2023, nella parte in cui ai punti 40-41 la Corte ha dovuto precisare che l'interesse transfrontaliero certo e l'applicazione dell'art.12 paragrafi 1 e 2 della direttiva 2006/123/CE sono presupposti da una situazione, quale quella del patrimonio costiero e lacuale italiano, i cui elementi rilevanti (e di bellezza naturale) si collocano tutti all'interno di un solo Stato membro.

Infine, si perdono le tracce nella sentenza Promoimpresa sulla problematica della (in)applicabilità della direttiva 2006/123/CE a concessioni demaniali marittime e lacuali assegnate prima dello scadere del termine di recepimento della direttiva servizi (28 dicembre 2009), come disposto dall'art.44 della direttiva servizi: questione, anche in questo caso, che sarà affrontata e risolta dalla sentenza AGCM della Corte al punto 73, in senso favorevole alle concessioni balneari.

In buona sostanza, si può affermare, anche alla luce della giurisprudenza comunitaria successiva, che la sentenza Promoimpresa della Corte di giustizia abbia operato un'interpretazione confusa, contraddittoria e sostanzialmente erronea del pertinente diritto dell'Unione, dichiarando ricevibili questioni e quesiti pregiudiziali che andavano dichiarati palesemente irricevibili (e in parte la pronuncia di irricevibilità ha riguardato il primo

quesito pregiudiziale del TAR Sardegna sull'art.49 TFUE) in quanto superati dalla direttiva 2014/23/UE, già pubblicata al momento delle due ordinanze di rinvio pregiudiziale dei TAR Lombardia e Sardegna, senza che i giudici amministrativi ne abbiano fatto alcuna valutazione anche per rinunciare in tutto o in parte alle domande pregiudiziali.

7. La normativa interna e la Commissione Ue dopo la sentenza Promoimpresa, fino alla normativa emergenziale che blocca nuove gare per favorire il rilancio del settore

Alla luce della sentenza Promoimpresa a livello nazionale e comunitario si è diffuso il convincimento della inapplicabilità della Direttiva servizi alle concessioni di beni, anche perché questa tesi è stata sostenuta dallo stesso Frits Bolkestein, l'ex Commissione europeo per il mercato interno e i servizi che ha proposto la direttiva 2006/123/CE, proprio in riferimento alle concessioni balneari in un'audizione alla Camera dei Deputati il 18 aprile 2018²⁴.

Dopo la sentenza Promoimpresa della Corte Ue, **anche la Commissione europea si è convinta del fatto che la direttiva servizi non si applicava alle concessioni demaniali marittime**, come si evince dal punto 39 della sentenza del 18 settembre 2019 della Corte di giustizia nella causa C-526/17 Commissione contro Repubblica italiana (EU:C:2019:756), in cui la Corte Ue ha fotografato il seguente argomento della Commissione nel ricorso per inadempimento: *«In quarto luogo, la Commissione ritiene che non fosse necessario, nel caso di specie, equilibrare il sinallagma contrattuale, dato che, nell'ambito di una concessione, poiché il concessionario si remunera mediante la gestione dell'infrastruttura e assume il rischio di gestione, la salvaguardia dell'equilibrio contrattuale eliminerebbe del tutto questo rischio e snaturerebbe l'oggetto del contratto di concessione. Inoltre, per quanto riguarda la presunta giustificazione dell'assenza di messa in concorrenza, in occasione della conclusione della convenzione unica del 2009, legata alla «necessità di garantire l'equilibrio contrattuale», la Commissione sostiene che la sentenza del 14 luglio 2016, Promoimpresa e a. (C-458/14 e C-67/15, EU:C:2016:558), invocata dalla Repubblica italiana, non è pertinente nel caso di specie, dato che tale sentenza riguarda la*

²⁴ Cfr. E. Ajmar, P. Maffei, *Concessioni balneari: si naviga a vista. Uno studio di caso*, in federalismi.it, n. 18/2020. Il discorso integrale di Frits Bolkestein, dal titolo *“Convegno. L'Euro, l'Europa e la Bolkestein spiegate da Mr. Bolkestein”* e registrato da Radio Radicale a Roma il 18 aprile 2018, è disponibile sul sito www.radioradicale.it.

possibilità di assoggettare ai principi derivanti dal Trattato FUE le concessioni che, fino all'entrata in vigore della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (GU 2014, L 94, pag. 1), non erano soggette alle disposizioni di alcuna direttiva».

E' singolare il fatto che **la Commissione europea, nell'affermare che la direttiva servizi non si applicava alle concessioni demaniali marittime come si ricava dalla sentenza Promoimpresa della Corte di giustizia**, abbia risposto alle argomentazioni del Governo italiano con le osservazioni scritte nella causa C-526/17 Commissione contro Repubblica italiana (EU:C:2019:756), come riportato dalla Corte Ue al punto 54 della stessa sentenza del 18 settembre 2019: *«In terzo luogo, ed in ogni caso, il rinvio del termine della concessione di cui trattasi sarebbe giustificato dai principi di tutela del legittimo affidamento, del rispetto degli impegni contrattuali (pacta sunt servanda) e della certezza del diritto. **La Repubblica italiana sostiene che tali principi impongono un'adeguata valutazione dell'interesse economico della SAT, tanto più in una situazione che non era, in origine, contraria al diritto dell'Unione. Essa deduce, richiamandosi alla sentenza del 14 luglio 2016, Promoimpresa e a. (C-458/14 e C-67/15, EU:C:2016:558, punti da 71 a 73), che le deroghe al principio della parità di trattamento possono essere giustificate dalla necessità di garantire l'equilibrio contrattuale, in particolare dal punto di vista economico.»***

Pertanto, coerentemente con la motivazione della sentenza Promoimpresa della Corte di giustizia, il legislatore nazionale con la legge n.145/2018 (art.1 commi 682-683²⁵) ha

²⁵ I commi 682-682 dell'art.1 della legge finanziaria n.145/2018 disponevano testualmente: «682. *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, 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.* 683. *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 a seguito di una procedura amministrativa attivata anteriormente al 31 dicembre 2009 e per le quali il rilascio è avvenuto nel rispetto dell'articolo 18 del decreto del Presidente della Repubblica 15 febbraio 1952, n. 328, o il rinnovo è avvenuto nel rispetto dell'articolo 02 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, 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.».*

disposto ulteriore proroga fino al 31 dicembre 2033 delle seguenti tipologie di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per attività turistico-ricreative: a) quelle disciplinate dall'art.01 comma 1 del d.l. n. 400/1993 (convertito, con modificazioni, dalla legge n.494/1993), vigenti alla data di entrata in vigore della legge n.145/2018; b) le concessioni vigenti alla data del 31.12.2009 di entrata in vigore del d.l. n.194/2009 (convertito, con modificazioni, dalla legge n.25/2010); c) quelle rilasciate successivamente al 31.12.2009 a seguito di una procedura amministrativa attivata anteriormente al 31.12.2009 e per le quali il rilascio è avvenuto nel rispetto dell'art.18 del d.P.R. n.328/1952, n. 328 o il rinnovo è avvenuto nel rispetto dell'art. 02 del d.l. n.400/1993.

«Al fine di tutelare, valorizzare e promuovere il bene demaniale delle coste italiane, che rappresenta un elemento strategico per il sistema economico, di attrazione turistica e di immagine del Paese» i commi 675-681 dell'art.1 della legge finanziaria n.145/2018 prevedevano l'emanazione di un **d.P.C.M.**, entro 120 giorni dalla data di entrata in vigore della legge, che avrebbe dovuto provvedere, sulla base del lavoro delle amministrazioni pubbliche competenti per materia (Regioni e Comuni costieri) da svolgersi entro due anni dall'adozione del d.P.C.M. (comma 678) e dopo una consultazione pubblica da svolgersi entro ulteriori 120 giorni: a) alla ricognizione e mappatura del litorale e del demanio costiero-marittimo; b) all'individuazione della reale consistenza dello stato dei luoghi, della tipologia e del numero di concessioni attualmente vigenti nonché delle aree libere e concedibili; c) all'individuazione della tipologia e del numero di imprese concessionarie e sub-concessionarie; d) alla ricognizione degli investimenti effettuati nell'ambito delle concessioni stesse e delle tempistiche di ammortamento connesse, nonché dei canoni attualmente applicati in relazione alle diverse concessioni; e) all'approvazione dei metodi, degli indirizzi generali e dei criteri per la programmazione, pianificazione e gestione integrata degli interventi di difesa delle coste e degli abitati costieri.

Il d.P.C.M. di cui all'art.1 comma 675 della legge n.145/2018 per le attività di riordino del settore non è stato mai adottato e, tuttavia, va sottolineato che tutta l'attività amministrativa innanzi descritta sulla mappatura e la ricognizione del patrimonio costiero era finalizzata, esclusivamente, per assegnare soltanto *«le aree concedibili ma prive di concessioni in essere alla data di entrata in vigore»* della legge n.145/2018.

Quindi, era ben chiaro al legislatore italiano nella legge finanziaria per il 2019 che le

concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per attività turistico-ricreative già assegnate alla data del 31.12.2009 e comunque in corso al 1° gennaio 2019 non entravano nel campo di applicazione delle direttive di armonizzazione, afferendo al settore turistico e quindi al di fuori anche del diritto primario dell'Unione sulla libertà di stabilimento e la libera concorrenza in materia di servizi, ai sensi del combinato disposto degli artt.49, 51, 56, 195, 345 e 352 TFUE.

Alla luce delle disposizioni della legge n.145/2018 e nella prospettiva di una disciplina di riordino del settore che non troverà mai definizione per mancata adozione del propeedeutico d.P.C.M. previsto dall'art.1 comma 675 della legge finanziaria per il 2019, la **Conferenza delle Regioni e delle Province autonome** ha elaborato, sulla base dei dati forniti dai Comuni concedenti, un **documento, aggiornato a marzo 2020** di consistenza dello stato dei luoghi, della tipologia e del numero di concessioni demaniali marittime vigenti nonché delle aree libere concedibili. **Da tale documento risulta che il bene demaniale marittimo non è scarso sul territorio nazionale e su quello dei singoli Comuni e vi sono molte aree demaniali concedibili, oltre quelle già in concessione.**

Infine, con l'**art.182 comma 2²⁶ del d.l. 19 maggio 2020 n.34** (convertito con modificazioni dalla legge n.77/2020), la più importante normativa emergenziale contro gli effetti della pandemia Covid-19, il legislatore si è preoccupato anche di bloccare a tempo indeterminato, a prescindere dagli effetti sul settore dell'art.1 commi 682-683 della legge n.148/2015, i procedimenti amministrativi per il rilascio o per l'assegnazione, con procedure di evidenza pubblica, delle aree oggetto di concessione demaniale marittima, lacuale o fluviale in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto, salvo il caso di procedimento di revoca della concessione o di decadenza del titolo per fatto o colpa del

²⁶ L'art. 182 comma 2 del d.l. n.34/2020, abrogato dall'art.3 comma 5 lettera a) della legge n.118/2022, così disponeva: «2. *Fermo restando quanto disposto nei riguardi dei concessionari dall'articolo 1, commi 682 e seguenti, della legge 30 dicembre 2018, n. 145, per le necessità di rilancio del settore turistico e al fine di contenere i danni, diretti e indiretti, causati dall'emergenza epidemiologica da COVID-19, le amministrazioni competenti non possono avviare o proseguire, a carico dei concessionari che intendono proseguire la propria attività mediante l'uso di beni del demanio marittimo, lacuale e fluviale, i procedimenti amministrativi per la devoluzione delle opere non amovibili, di cui all'articolo 49 del codice della navigazione, per il rilascio o per l'assegnazione, con procedure di evidenza pubblica, delle aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. L'utilizzo dei beni oggetto dei procedimenti amministrativi di cui al periodo precedente da parte dei concessionari è confermato verso pagamento del canone previsto dall'atto di concessione e impedisce il verificarsi della devoluzione delle opere. Le disposizioni del presente comma non si applicano quando la devoluzione, il rilascio o l'assegnazione a terzi dell'area sono stati disposti in ragione della revoca della concessione oppure della decadenza del titolo per fatto e colpa del concessionario.».*

concessionario.

Va sottolineato che l'art.7 comma 9-duodevicies del d.l. 78/2015 (convertito, con modificazioni, dalla legge n.125/2015) ha previsto che le **utilizzazioni delle aree di demanio marittimo per finalità diverse da quelle turistico-ricreative**, di cantieristica navale, pesca e acquacoltura, in essere al 31 dicembre 2013, sono prorogate non oltre il 31 dicembre 2017.

Ai sensi dell'art.1 comma 684 della legge n.145/2018 **le concessioni delle aree di demanio marittimo per finalità residenziali e abitative**, già oggetto di proroga ai sensi dell'art.7 comma 9-duodevicies del d.l. 78/2015, sono state prorogate fino al 31 dicembre 2033, come per la proroga delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative disposta dall'art.1 commi 682-683 della stessa legge finanziaria.

Stranamente, **l'art.3 comma 5 lettera a) della legge n.118/2022 disporrà l'abrogazione dell'art.1 commi 682-683 della legge n.145/2018** e della proroga al 31.12.2033 delle concessioni demaniali marittime, mentre la legge Draghi sulla concorrenza non abrogherà e manterrà **in vigore la disposizione della proroga al 31.12.2033 delle concessioni delle aree di demanio marittimo per finalità residenziali e abitative**, di cui all'art.1 comma 684 della legge n.145/2018.

8. La nuova procedura di infrazione della Commissione Ue e la risposta del Governo, dopo il conflitto tra Consiglio di Stato e Cassazione sul caso Randstad Italia

La Cassazione a Sezioni unite con ordinanza del 18 settembre 2020 n.1958²⁷ nella causa C-

²⁷ Pres. Travaglino, Est. Lamorgese. Sull'ordinanza di rinvio pregiudiziale delle Sezioni Unite cfr. Cfr. V. De Michele, *E' la Cassazione il Giudice di ultima istanza nel caso di manifesta violazione del diritto dell'Unione? La pregiudiziale Ue delle Sezioni unite contro il giudicato del Consiglio di Stato*, su www.europeanrights.eu, 1° marzo 2021; B. Nascimbene e P.Piva, *Il rinvio della Corte di Cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea?*, su www.giustiziainsieme.it; B. Nascimbene, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa: i cataloghi e gli strumenti a disposizione dei giudici nazionali (cataloghi, arsenale dei giudici e limiti o confini)*, in Eurojus, 2020, L. Daniele, *Diritto dell'Unione europea*, 7° ed., Milano, 2020, pp. 326 ss.; G. Tesaro, *Diritto dell'Unione europea*, a cura di P. De Pasquale e F. Ferraro, II ed., Napoli, 2020, pp.231 ss.; U. Villani, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, 6° ed., Bari, 2020, pp. 109, 450 ss.; R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di Diritto dell'Unione europea*, III ed., Torino, 2020, pp. 921 ss., nonché K. Lenaerts, I. Maselis, K. Gutman, *Eu Procedural Law*, Oxford, 2014, pp. 48 ss.; F. Jacobs, *The Role of National Courts and of the European Court of Justice in Ensuring the Uniform Application of Community Law*, in Studi in onore di Francesco Capotorti, II Tomo, Milano, 1999, pp. 175 ss.; P. Baratta, *E' censurabile per Cassazione la violazione del diritto sovranazionale imputabile al giudice amministrativo?*, in www.apertacontrada.it; S. Barbareschi, L.A. Caruso, *La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di Cassazione «fuori contesto»: considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in Federalismi.it, 2020;

497/20 Randstad Italia ha proposto, con istanza di procedura accelerata, questioni pregiudiziali in cui si evidenziava la necessità della stessa Suprema Corte, ai sensi dell'art.111, comma 8, della Costituzione, di poter sindacare “per motivi di giurisdizione” le decisioni del Consiglio di Stato (nel caso in questione, la sentenza n.5606/2019 del 7 agosto 2019 del Consiglio di Stato) che si porrebbero, a giudizio della Suprema Corte di legittimità, in flagrante contrasto con il diritto dell'Unione, come interpretato dalla Corte di giustizia, in materia di appalti pubblici.

Inaspettatamente, come anticipato, la **Commissione europea ha inviato allo Stato italiano il 3 dicembre 2020 una lettera di messa in mora che avviava la nuova procedura di infrazione 2020/4118 C (2020) 7826 final.**

Paradossalmente, la lettera di messa in mora della Commissione europea riguarda anche l'art. 182 comma 2 del d.l. n. 34/2020 (e sembra muoversi proprio in conseguenza di questa disciplina emergenziale per il settore), andando incredibilmente a precisare che *«la reiterata proroga della durata delle concessioni balneari prevista dalla legislazione italiana scoraggia [...] gli investimenti in un settore chiave per l'economia italiana e che sta già risentendo in maniera acuta dell'impatto della pandemia da COVID-19. Scoraggiando gli investimenti nei servizi ricreativi e di turismo balneare, l'attuale legislazione italiana impedisce, piuttosto che incoraggiare, la modernizzazione di questa parte importante del settore turistico italiano. La modernizzazione è ulteriormente ostacolata dal fatto che la legislazione italiana rende di fatto impossibile l'ingresso sul mercato di nuovi ed innovatori fornitori di servizi.»*. Si tratta di affermazioni ideologiche, apodittiche e sconclusionate che tendono a favorire dichiaratamente imprecisati innovatori fornitori di servizi, in grado di modernizzare, a differenza degli attuali titolari delle concessioni balneari, questa parte importante del turismo nazionale. Affermazioni che, lette alla luce delle recenti vicende dello scandalo Qatargate che ha colpito il Parlamento europeo, destano una sgradevole

R.Bin, *E' scoppiata la terza "guerra tra le Corti"? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in Federalismi.it, 2020; M. Clarich, *Giurisdizione: "Partita a poker" tra Cassazione e Consulta sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in Civile NTplus.ilsole24ore.com del 14 ottobre 2020; G. Costantino, A. Carratta, G. Ruini, *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *Questione giustizia*, 2020; F. Francario, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in questa Rivista, 2020; G. Greco, *La violazione del diritto dell'Unione europea come possibile difetto di giurisdizione?*, in Eurojus, 2020; G. Tropea, *Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione» (Nota a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, su www.giustiziasieme.it, 2020.

sensazione di inquietudine a chi le rilegge, soprattutto alla luce della sentenza AGCM del 20.4.2023.

Il Governo ha risposto con lettera del 4 febbraio 2021 a firma del prof. Massimo Condinanzi alla lettera di messa in mora della Commissione Ue. Nella sua risposta alla Commissione Ue il Governo ha esaustivamente argomentato al paragrafo 2 sulla non inerenza della regolamentazione delle concessioni demaniali marittime con la direttiva 2006/123/CE. **Secondo il Governo il regime delle concessioni demaniali marittime non è soggetto alla disciplina eurounitaria, rectius alla competenza dell'Unione** che, peraltro, non può ingerirsi nei regimi di proprietà dei beni pubblici e privati degli Stati, ai sensi dell'art. 345 del TFUE (ex art. 295 del TCE).

Il Governo, inoltre, nella sua risposta del 4.2.2021 alla Commissione Ue ai paragrafi 6 e 7 ha precisato esaustivamente l'esatta portata e interpretazione della sentenza Promoimpresa della Corte di giustizia e la non applicabilità della decisione e della direttiva 2006/123/CE ai fini della regolamentazione comunitaria delle concessioni demaniali marittime.

9. Le sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sulle concessioni balneari, in sostituzione del legislatore nazionale e delle Istituzioni Ue

Nonostante la chiarissima risposta del prof. Condinanzi per conto del Governo alla Commissione europea, subentrato il Governo Draghi, inaspettatamente l'allora Presidente del Consiglio di Stato con decreto del 24 maggio 2021 n.160, rilevato che le questioni oggetto di due ricorsi pendenti rivestivano una particolare rilevanza economico-sociale che rendeva opportuna una pronuncia della Adunanza plenaria, onde assicurare certezza e uniformità di applicazione del diritto da parte delle amministrazioni interessate nonché uniformità di orientamenti giurisprudenziali, ha deferito d'ufficio i due giudizi all'Adunanza plenaria, ai sensi dell'art. 99, comma 2, c.p.a. ponendo questioni di diritto²⁸ al massimo consesso della giustizia amministrativa.

Con due contestuali sentenze nn.17 e 18 del 9 novembre 2021 l'Adunanza plenaria del

²⁸ L'ex Presidente del Consiglio di Stato con il decreto n.160/2021 ha proposto all'Adunanza plenaria le

Consiglio di Stato è intervenuta sulle concessioni demaniali marittime, fissando, come ricorderà la Corte costituzionale nella parte narrativa dell'ordinanza n.154/2022²⁹, tre principi di diritto di immediata applicazione normativa, che hanno modificato la normativa vigente invadendo il campo riservato al legislatore.

Il primo principio fissato dall'Adunanza plenaria è il dovere dei giudici e della pubblica amministrazione di disapplicare le «norme legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative», cioè l'art. 1, commi 682 e 683, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 e l'art. 182, comma 2, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, nella legge 17 luglio 2020, n. 77, **in quanto contrastanti con l'art. 49 TFUE**, che vieta le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro, e **con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE**, che richiede una «selezione tra diversi candidati» qualora «**il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili**», e vieta «**la procedura di rinnovo automatico**».

Sul punto della scarsità della risorsa naturale l'Adunanza plenaria ha precisato: «*In tal senso, già la Corte di giustizia con la sentenza *Promoimpresa del 2016* si è espressa chiaramente,*

seguenti questioni di diritto: «1) se sia doverosa, o no, la disapplicazione, da parte della Repubblica Italiana, delle leggi statali o regionali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative; in particolare, se, per l'apparato amministrativo e per i funzionari dello Stato membro sussista, o no, l'obbligo di disapplicare la norma nazionale confliggente col diritto dell'Unione europea e se detto obbligo, qualora sussistente, si estenda a tutte le articolazioni dello Stato membro, compresi gli enti territoriali, gli enti pubblici in genere e i soggetti ad essi equiparati, nonché se, nel caso di direttiva self-executing, l'attività interpretativa prodromica al rilievo del conflitto e all'accertamento dell'efficacia della fonte sia riservata unicamente agli organi della giurisdizione nazionale o spetti anche agli organi di amministrazione attiva; 2) nel caso di risposta affermativa al precedente quesito, se, in adempimento del predetto obbligo disapplicativo, l'amministrazione dello Stato membro sia tenuta all'annullamento d'ufficio del provvedimento emanato in contrasto con la normativa dell'Unione europea o, comunque, al suo riesame ai sensi e per gli effetti dell'art. 21-octies della legge n. 241 del 1990 e s.m.i., nonché se, e in quali casi, la circostanza che sul provvedimento sia intervenuto un giudicato favorevole costituisca ostacolo all'annullamento d'ufficio; 3) se, con riferimento alla moratoria introdotta dall'art. 182, comma 2, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, come modificato dalla legge di conversione 17 luglio 2020, n. 77, qualora la predetta moratoria non risulti inapplicabile per contrasto col diritto dell'Unione europea, debbano intendersi quali «aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto» anche le aree soggette a concessione scaduta al momento dell'entrata in vigore della moratoria, ma il cui termine rientri nel disposto dell'art. 1, commi 682 e seguenti, della legge 30 dicembre 2018, n. 145.».

²⁹ Corte costituzionale, Pres. Amato, Est. De Pretis, ordinanza 17 giugno 2022 n.154.

demandando al giudice nazionale solo il compito di accertare il requisito della scarsità della risorsa naturale.».

Quindi, sostituendosi, oltre che al legislatore anche al Governo e a tutti i giudici nazionali, ordinari o amministrativi, che avrebbero potuto e dovuto occuparsi della verifica della scarsità della risorsa naturale del demanio marittimo potenzialmente oggetto di concessione e/o già utilizzato da concessionari, l'Adunanza plenaria così ha concluso al punto 25 quale *peritus peritorum*: «**25. In senso contrario non vale neanche valorizzare la mancanza del requisito della scarsità della risorsa naturale, sul quale peraltro la Corte di giustizia, nella sentenza Promoimpresa, ha rilevato che le concessioni sono rilasciate a livello non nazionale bensì comunale, fatto che deve “essere preso in considerazione al fine di determinare se tali aree che possono essere oggetto di uno sfruttamento economico siano in numero limitato”.** Il concetto di scarsità va, invero, interpretato in termini relativi e non assoluti, tenendo conto non solo della “quantità” del bene disponibile, ma anche dei suoi aspetti qualitativi e, di conseguenza, della domanda che è in grado di generare da parte di altri potenziali concorrenti, oltre che dei fruitori finali del servizio che tramite esso viene immesso sul mercato. Va ancora considerata la concreta disponibilità di aree ulteriori rispetto a quelle attualmente già oggetto di concessione. **È sulle aree potenzialmente ancora concedibili (oltre che su quelle già assentite), infatti, che si deve principalmente concentrare l'attenzione per verificare se l'attuale regime di proroga fino al 31 dicembre 2033 possa creare una barriera all'ingresso di nuovi operatori, in contrasto con gli obiettivi di liberalizzazione perseguiti dalla direttiva.** La valutazione della scarsità della risorsa naturale, invero, dipende essenzialmente dall'esistenza di aree disponibili sufficienti a permettere lo svolgimento della prestazione di servizi anche ad operatori economici diversi da quelli attualmente “protetti” dalla proroga *ex lege*. **Da questo punto di vista, i dati forniti dal sistema informativo del demanio marittimo (SID) del Ministero delle Infrastrutture rivelano che in Italia quasi il 50% delle coste sabbiose è occupato da stabilimenti balneari, con picchi che in alcune Regioni (come Liguria, Emilia-Romagna e Campania) arrivano quasi al 70%. Una percentuale di occupazione, quindi, molto elevata, specie se si considera che i tratti di litorale soggetti ad erosione sono in costante aumento e che una parte significativa della costa “libera” risulta non fruibile per finalità turistico-rgicreative, perché inquinata o comunque “abbandonata”.** A ciò si aggiunge che in molte

Regioni è previsto un limite quantitativo massimo di costa che può essere oggetto di concessione, che nella maggior parte dei casi coincide con la percentuale già assentita. È evidente, allora, che l'insieme di questi dati già evidenzia che attualmente le aree demaniali marittime (ma analoghe considerazioni valgono per quelle lacuali o fluviali) a disposizione di nuovi operatori economici sono caratterizzate da una notevole scarsità, ancor più pronunciata se si considera l'ambito territoriale del comune concedente o comunque se si prendono a riferimento porzioni di costa ridotte rispetto alla complessiva estensione delle coste italiane, a maggior ragione alla luce della già evidenziata capacità attrattiva delle coste nazionali e l'elevatissimo livello della domanda in tutto il periodo estivo (che caratterizza l'intero territorio nazionale, al di là della variabilità dei picchi massimi che possono differenziare le singole zone). Pertanto, nel settore delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative, le risorse naturali a disposizione di nuovi potenziali operatori economici sono scarse, in alcuni casi addirittura inesistenti, perché è stato già raggiunto il – o si è molto vicini al – tetto massimo di aree suscettibile di essere date in concessione. Anche da questo punto di vista, quindi, sussistono i presupposti per applicare l'art. 12 della direttiva 2006/123.».

Come anticipato, è proprio sul presupposto, assunto dall'Adunanza plenaria come certo e indiscutibile, della scarsità della risorsa naturale concedibile anche a livello nazionale, alla luce di «**dati forniti dal sistema informativo del demanio marittimo (SID) del Ministero delle Infrastrutture**» che non sono stati resi pubblici, che le sentenze del Consiglio di Stato saranno smentite dalla sentenza AGCM della Corte di giustizia del 20.4.2023.

Il secondo principio fissato dall'Adunanza plenaria è l'insussistenza di un diritto alla prosecuzione del rapporto in capo agli attuali concessionari anche qualora siano intervenuti atti amministrativi di proroga, senza che rispetto a questi ultimi sia necessario attivare i poteri di autotutela della pubblica amministrazione, «*in quanto l'effetto di cui si discute è direttamente disposto dalla legge, che ha nella sostanza legificato i provvedimenti di concessione prorogandone i termini di durata*», ragion per cui la non applicazione della legge implica che gli effetti da essa prodotti sulle concessioni già rilasciate debbano parimenti ritenersi *tamquam non essent*. La legge nazionale viene derubricata a legge-provvedimento, sindacabile e annullabile (solo) dal giudice amministrativo, seppure con lo strumento della disapplicazione, dimenticando che, al di fuori dell'iniziale provvedimento

concessorio e dell'eventuale revoca della concessione, il rapporto sinallagmatico del contratto di concessione di servizi rientra nella competenza esclusiva del giudice ordinario (cfr. Cassazione, SS.UU., sentenza 29 gennaio 2021 n. 2144).

Il terzo principio fissato dall'Adunanza plenaria è così espresso: *«al fine di evitare il significativo impatto socio-economico che deriverebbe da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere, di tener conto dei tempi tecnici perché le amministrazioni predispongano le procedure di gara richieste e, altresì, nell'auspicio che il legislatore intervenga a riordinare la materia in conformità ai principi di derivazione europea, le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere continuano ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023, fermo restando che, oltre tale data, anche in assenza di una disciplina legislativa, esse cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento dell'U.E.»*. Con questa primizia argomentativa l'Adunanza plenaria ha sottratto a tempo indeterminato al legislatore ogni potestà di intervento regolativo della materia anche per il futuro.

Infine, **l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato si è rifiutata di sollevare, come era tenuta come Giudice di ultima istanza e come era stata sollecitata a fare, questioni pregiudiziali alla Corte Ue ai sensi dell'art.267 paragrafo terzo del TFUE**, sulla base della seguente argomentazione espressa al punto 29 della sentenza n.18/2021: *«29. Le considerazioni che precedono danno conto anche delle ragioni del mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE. Nel caso di specie ricorre una delle situazioni in presenza delle quali, in base alla c.d. "giurisprudenza Cilfit" (di recente, ribadita, sia pure con alcuni correttivi volti a renderla più flessibile, dalla Corte di giustizia, Grande Camera, nella sentenza 6 ottobre 2021, C-569/19), i giudici nazionali di ultima istanza non sono sottoposti all'obbligo di rinvio pregiudiziale. La questione controversa è stata, infatti, già oggetto di interpretazione da parte della Corte di giustizia e gli argomenti invocati per superare l'interpretazione già resa dal giudice europeo non sono in grado di sollevare ragionevoli dubbi, come confermato anche dal fatto che i principi espressi dalla sentenza Promoimpresa sono stati recepiti da tutta la giurisprudenza amministrativa nazionale sia di primo che di secondo grado, con l'unica isolata eccezione*

del T.a.r. Lecce, il quale, peraltro, più che mettere in discussione l'esistenza di un regime di evidenza pubblica comunitariamente imposto cui sottoporre il rilascio o il rinnovo della concessioni demaniali, ha negato (come si vedrà nel prosieguo con maggiore dettaglio) la sussistenza di un potere di non applicazione in capo agli organi della P.A., toccando, quindi, una questione sulla quale esistono orientamenti giurisprudenziali (elaborati dai giudici europei e nazionali) ancor più consolidati e granitici.».

L'Adunanza plenaria ha giustificato il mancato assolvimento dell'obbligo comunitario di rimessione alla Corte di giustizia dell'Unione come Giudice di ultima istanza con il richiamo alla lettera di messa in mora del 3 dicembre 2021 della Commissione europea, come argomento per sostenere l'incompatibilità comunitaria (anche) dell'art.182 comma 2 del d.l. n.34/2020.

Vale la pena di precisare che, se il massimo consesso del Consiglio di Stato conosceva il contenuto della lettera di messa in mora della Commissione Ue posto a base della nuova inaudita procedura di infrazione in piena pandemia Covid-19, sicuramente era in condizione di conoscere il contenuto della risposta del Governo italiano del 4 febbraio 2021, a firma del prof. Condinanzi, da cui avrebbe potuto trarre elementi importanti e dirimenti per evitare gli errori di valutazione anche sul piano socio-economico commessi dalle sentenze nn.17 e 18 del 2021 della Plenaria per colpire il settore turistico-ricreativo balneare già indebolito dalla pandemia, con la motivazione, invero apodittica, che far cessare al 31 dicembre 2023 le concessioni demaniali avrebbe incrementato notevolmente le entrate per le casse statali: *«Basti pensare che il giro d'affari stimato del settore si aggira intorno ai quindici miliardi di euro all'anno, a fronte dei quali l'ammontare dei canoni di concessione supera di poco i cento milioni di euro, il che rende evidente il potenziale maggior introito per le casse pubbliche a seguito di una gestione maggiormente efficiente delle medesime.».*

Se il giro d'affari stimato del settore è stato di quindici miliardi di euro all'anno, l'Adunanza plenaria avrebbe potuto e dovuto anche argomentare che il 55-60% di quel significato prodotto interno lordo, con l'IVA al 22%, si è tradotto in corrispondenti entrate nelle casse dello Stato e dei Comuni sotto forma di imposte ordinarie, IMU e TARI, dal momento che la quasi totalità dei concessionari demaniali marittimi è costituita da piccoli o piccolissimi imprenditori italiani, con sede legale e stabilimento esclusivamente in Italia, che dunque le tasse le pagano allo Stato italiano e ai Comuni italiani.

10. Le risposte e le censure “indirette” della Corte di giustizia Ue al Consiglio di Stato

Subito dopo, nella causa C-497/20 **Randstad Italia la Corte di giustizia in Grande Sezione con la sentenza del 21 dicembre 2021**³⁰ (EU:C:2021:1037) ha messo in evidenza come le uniche azioni esperibili nella fattispecie di causa - in cui il Consiglio di Stato come giudice di ultima istanza ha violato in maniera flagrante e grave il diritto dell’Unione europea e in particolare la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di appalti pubblici -, erano rappresentate da un ricorso per inadempimento della Commissione europea ai sensi dell’articolo 258 TFUE o da un’azione del tipo Francovich che offra la possibilità di far valere la responsabilità dello Stato al fine di ottenere in tal modo una tutela giuridica dei diritti dei singoli riconosciuti dal diritto dell’Unione.

In particolare, secondo la Corte di giustizia (sentenza Randstad Italia, punto 79) il rimedio contro la violazione della direttiva 89/665 e dell’articolo 47, primo comma, della Carta derivante dalla giurisprudenza del supremo giudice amministrativo consiste nell’obbligo, per ogni giudice amministrativo dello Stato membro interessato, compreso lo stesso supremo giudice amministrativo, di disapplicare tale giurisprudenza non conforme al diritto dell’Unione e, in caso di inosservanza di un tale obbligo, nella possibilità per la Commissione europea di proporre un ricorso per inadempimento contro tale Stato membro.

La Corte di giustizia (sentenza Randstad Italia, punti 75 - 77) **ha sottolineato che la citata sentenza n.5606/2019 del 7 agosto 2019 del Consiglio di Stato**, intervenuta nel corso del procedimento principale, **era contraria al diritto dell’Unione**.

Inoltre, la **Corte di giustizia**, inoltre, ha così risposto al Consiglio di Stato sul contenuto

³⁰ Sulla sentenza Randstad Italia della Corte di giustizia cfr. V. De Michele, *Le sentenze “costituzionali” della Corte Ue sulla compatibilità con i Trattati delle misure di condizionalità della Commissione europea in caso di violazione dello Stato di diritto*, su www.europeanrights.eu, 15.3.2022; D. Simon, *Primaute - Voies de recours juridictionnelles devant les juridictions suprêmes*, Europe 2022, n° 2 Février, comm. 39; A. Brown, *Does EU law require a right to appeal in public procurement cases before a Member State's highest court?: case C-497/20 Randstad Italia*, Public Procurement Law Review 2022, p. NA71-NA76; O. Scarcello, *Effective judicial protection and procedural autonomy beyond rule of law judgments: Randstad Italia: case C-497/20, Randstad Italia SpA v. Umana SpA and others*, Common Market Law Review 2022, n° 5, p. 1445-1464; D. Dero-Bugny, *CJUE, gde ch., 21 décembre 2021, Randstad Italia SpA c/ Umana SpA e.a., aff. C-497/20, ECLI:EU:C:2021:1037*, Jurisprudence de la CJUE 2021. Décisions et commentaires 2022, p. 105-108.

dell'obbligo del Giudice di ultima istanza di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art.267 paragrafo 3 TFUE con l'**ordinanza del 15 dicembre 2022 in causa C-144/2022** (EU:C:2022:1013), precisando al punto 45: «**45 Quando l'esistenza di orientamenti giurisprudenziali divergenti – in seno agli organi giurisdizionali di un medesimo Stato membro o tra organi giurisdizionali di Stati membri diversi – relativi all'interpretazione di una disposizione del diritto dell'Unione applicabile alla controversia di cui al procedimento principale è portata a conoscenza del giudice nazionale di ultima istanza, esso deve prestare particolare attenzione nella sua valutazione riguardo a un'eventuale assenza di ragionevole dubbio quanto all'interpretazione corretta della disposizione dell'Unione di cui trattasi e tenere conto, segnatamente, dell'obiettivo perseguito dalla procedura pregiudiziale che è quello di assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione** (sentenza del 6 ottobre 2021, *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi*, C-561/19, EU:C:2021:799, punto 49).».

E' evidente, pertanto, che alla luce della inequivoca giurisprudenza della Corte di giustizia, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nelle cause decise con le sentenze nn.17 e 18 del 2021 aveva anche l'obbligo del rinvio pregiudiziale, che non ha rispettato, incorrendo in quella presupposizione di chiarezza della giurisprudenza comunitaria sulla questione, che verrà specificamente censurata dalla sentenza AGCM della Corte Ue.

Il Consiglio di Stato nel suo massimo consesso si è, dunque, rifiutato di rimettere la questione alla Corte di giustizia come Giudice di ultima istanza, ritenendo che la direttiva Bolkestein e la sentenza Promoimpresa della Corte di giustizia avessero già risolto tutte le questioni controverse, violando l'obbligo di leale cooperazione tra giudice nazionale e Corte di giustizia Ue, come emerge in tutta evidenza anche dalla (immediatamente) successiva **sentenza del 13 gennaio 2022 n.229/2022 dello stesso Consiglio di Stato**, che al punto 6.7 ha precisato, da un lato condivisibilmente con il richiamo alla sentenza Togel della Corte di giustizia, dall'altro contraddittoriamente con l'applicazione delle sentenze dell'Adunanza plenaria: «**6.7 Da ultimo, occorre pronunciare sul denunciato contrasto della decisione appellata con il diritto eurounitario sul rilievo che l'automatismo della proroga/rinnovo sarebbe contrario all'art. 12 Direttiva 2006/123/CE e alla sentenza Corte di Giustizia, Sez. V, 14 luglio 2016, Promoimpresa S.r.l. e Melis, C-458/14 e C-67/15. La censura è inammissibile per difetto d'interesse. Come sottolineato dal ricorrente appellato, i canoni**

*per cui è causa sono stati liquidati anteriormente al 28 dicembre 2009 e nel vigore dell'ultimo rinnovo disposto anteriormente alla medesima data. Oltretutto il rapporto concessorio s'è costituito in data anteriore alla scadenza del termine di trasposizione (d.28 dicembre 2009) della Direttiva Servizi 2006/123/CE, ed anche il rinnovo di cui alla concessione n. 1/2007 è stato disposto anteriormente a detto termine. **Da cui l'inapplicabilità della Direttiva Servizi ai rapporti concessori sorti anteriormente al termine di trasposizione della stessa.** A riguardo va richiamato quanto affermato dalla Corte di Giustizia: “..il diritto comunitario non impone ad un'amministrazione aggiudicatrice di uno Stato membro di intervenire, su domanda di un singolo, in rapporti giuridici in essere, instaurati a tempo indeterminato o con durata pluriennale, qualora tali rapporti siano stati posti in essere prima della scadenza del termine di trasposizione della direttiva 92/50” (Corte di Giustizia, Sez. VI, 24.9.1998, Tögel, C76/97; nello stesso senso v. Corte di Giustizia, 5.10.2000, Commissione / Francia, C-337/98). E comunque, a seguito delle statuizioni di cui alle sentenze dell'adunanza plenaria di questo Consiglio, 9 novembre 2021, nn. 17 e 18, le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere continuano a essere efficaci sino al 31 dicembre 2023.».*

Singolarmente, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato individua tra le norme della legge di bilancio 2019 da disapplicare per ritenuta incompatibilità con il diritto comunitario soltanto i commi 682 e 682 della legge n.145/2018 e non il comma 684, per cui, fedelmente ma incomprensibilmente, le concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative per uso residenziale o abitativo di cui all'art.01 comma 1 lettera f) del d.l. n.400/1993 continuano a mantenere la durata prevista dalla proroga al 31.12.2033.

11. L'eccesso di potere giurisdizionale dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato impugnato davanti alle Sezioni unite della Cassazione

Appare evidente lo sconfinamento della Adunanza Plenaria nelle prerogative proprie del legislatore e dell'esecutivo, avendo il CdS introdotto – sostituendosi al legislatore e al Governo ed esercitando un potere ricompreso in una funzione diversa da quella giurisdizionale – una vera e propria, nuova, disciplina nel settore delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali, manifestando apprezzamenti politici estranei allo statuto costituzionale della funzione giurisdizionale e per questo lesivi del vincolo di soggezione

alla legge che detta funzione caratterizza.

In particolare, la giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte di legittimità ha affermato che *«in tema di sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore è configurabile solo qualora il giudice speciale abbia applicato non la norma esistente, ma una norma da lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete»* (Cass. Civ. SS.UU., ordinanze 25.11.2021, n. 36593; 7.7.2021 n. 19244; 25.3.2019 n. 8311).

L'Adunanza Plenaria, attribuendo alla direttiva 2006/123/CE carattere auto-esecutivo, con la conseguenza della necessaria disapplicazione della normativa interna contrastante, ha (automaticamente) creato un vuoto normativo che, poi, di fatto ha colmato introducendo una dettagliata disciplina delle modalità di affidamento delle concessioni demaniali marittime, con ciò invadendo la sfera di competenza del potere legislativo.

Il Consiglio di Stato, stante la (ritenuta) necessaria disapplicazione della normativa interna per incompatibilità con l'art. 12 della direttiva Bolkestein avente asserita natura self executing, ha sostituito l'esistente disciplina adottata dal legislatore sulle proroghe delle concessioni demaniali marittime prevedendo che le stesse concessioni ad oggi vigenti abbiano efficacia fino al 31.12.2023 ed indicando i criteri e le modalità di affidamento delle concessioni balneari per garantire il rispetto dei principi sopra richiamati. Il CdS, infatti, elenca i principi che dovranno ispirare lo svolgimento delle gare, prevedendo che i criteri di selezione debbano essere proporzionati, non discriminatori ed equi in quanto essenziali, ed individua anche i principi per la valutazione della capacità tecnica professionale. Ed ancora nelle due sentenze dell'A.P. si indicano ulteriori elementi di valutazione dell'offerta e si precisa che la durata delle concessioni deve essere "limitata e giustificata sulla base di valutazioni tecniche economiche e finanziarie", creando un'appendice del codice dei contratti pubblici valida soltanto per le concessioni demaniali marittime, fluviali e lacuali.

Così facendo, tuttavia, l'Adunanza Plenaria ha finito appunto per esercitare poteri avulsi dalla funzione giurisdizionale e propri del potere legislativo e del potere esecutivo, oltre che sostituirsi alla stessa Corte di giustizia Ue come interprete finale ed esclusivo del diritto dell'Unione.

Infatti, il Consiglio di Stato non ha applicato alcuna normativa vigente, né ha definito una regolazione che possa essere ricavata, in virtù di un'interpretazione sistematica, dal quadro legislativo pertinente in materia. Al contrario, dopo aver ritenuto incompatibile la normativa interna di proroga delle concessioni demaniali marittime con la disciplina europea dell'art. 12 direttiva 2006/123/CE, ha disposto l'inapplicabilità della legge n. 145/2018 e, sostituendosi al legislatore e al Governo, ha introdotto un regime speciale per il settore balneare.

Avverso la sentenza n.18/2021 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, pubblicata in data 09.11.2021, SIB Sindacato Italiano Balneari, in data 17.03.2022, ha proposto ricorso in Cassazione ex art. 111 comma 8 Cost. per eccesso di potere giurisdizionale n.8394/2022 R.G. Cass, attualmente pendente. Anche la sentenza n.17/2021 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato risulta essere stata impugnata davanti alle Sezioni unite della Cassazione attraverso l'impugnativa della decisione della Sezione semplice del CdS che ha deciso nel merito la fattispecie di causa.

Con **sentenza del 14 febbraio 2023 n. 4591** le **Sezioni unite della Corte di cassazione**, muovendo dalla questione circa l'applicabilità o meno della legge 145/2018 alle concessioni demaniali marittime stagionali o di breve durata, che è stata esclusa, hanno tuttavia ribadito il citato principio generale, per cui l'eccesso di potere giurisdizionale del Consiglio di Stato si realizza solo quando quest'ultimo crei delle norme e non si limiti a interpretare quelle esistenti: *«In tema di sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni giurisdizionali del giudice contabile o amministrativo, l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore è configurabile solo qualora il giudice speciale abbia applicato non la norma esistente, ma una norma da lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete (così Cass. S.U., n. 36593 del 2021, Cass. S.U., n. 22711 del 2019, Cass. S.U., n. 32175 del 2018)»*.

Nel caso esaminato dalle Sezioni unite, definito da una pronuncia del Consiglio di Stato resa prima delle note sentenze gemelle dell'adunanza plenaria, è stato escluso il vizio di eccesso di potere giurisdizionale perché i giudici del Consiglio di Stato si erano limitati a interpretare norme esistenti e non a crearne di nuove.

Per contro, venendo alla diversa fattispecie che interessa le concessioni demaniali marittime

di lunga durata, le sentenze gemelle dell'adunanza plenaria hanno creato delle norme aventi efficacia generale e astratta quali la durata biennale del termine di efficacia di tutti i titoli concessori italiani, i criteri che il legislatore deve seguire nel riordino della materia, e il divieto per il legislatore di prevedere ulteriori proroghe.

Se le Sezioni unite daranno continuità e coerenza ai principi appena affermati nella citata sentenza n.4591/2023, le sentenze gemelle n. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato non supereranno il vaglio di legittimità nei citati giudizi tuttora pendenti davanti alla Suprema Corte di cassazione.

12. Il TAR Lecce censura in Corte di giustizia Ue l'Adunanza plenaria del Cds

Le sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sono state contestate, oltre che con il ricorso all'impugnativa ex art.111 Cost. per eccesso di potere giurisdizionale davanti alla Cassazione, anche dal **TAR Lecce** che, **con ordinanza dell'11 maggio 2022 causa C-348/22**, ha proposto alla Corte di giustizia Ue ben nove quesiti pregiudiziali³¹.

³¹ Questi i quesiti pregiudiziali proposti dal TAR Lecce con ordinanza dell'11 maggio 2022 causa C-348/22: «1) Se la direttiva 2006/123 risulti valida e vincolante per gli Stati membri o se invece risulti invalida in quanto - trattandosi di direttiva di armonizzazione - adottata solo a maggioranza invece che all'unanimità, in violazione dell'articolo 115 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. 2) Se la direttiva 2006/123 cosiddetta Bolkestein presenti o meno oggettivamente ed astrattamente i requisiti minimi di sufficiente dettaglio della normativa e di conseguente assenza di spazi discrezionali per il legislatore nazionale tali da potersi ritenere la stessa auto-esecutiva e immediatamente applicabile; 3) qualora ritenuta la direttiva 2006/123 non self-executing, se risulti compatibile con i principi di certezza del diritto l'effetto di mera esclusione o di disapplicazione meramente ostativa della legge nazionale anche nell'ipotesi in cui non risulti possibile per il giudice nazionale il ricorso all'interpretazione conforme ovvero se invece, in siffatta ipotesi, non debba o possa trovare applicazione la legge nazionale, ferme restando le specifiche sanzioni previste dall'ordinamento [dell'Unione europea] per l'inadempimento dello stato nazionale rispetto agli obblighi derivanti dalla adesione al trattato (articolo 49), ovvero derivanti dalla mancata attuazione della direttiva (procedura di infrazione); 4) Se l'efficacia diretta dell'articolo 12, paragrafi 1, 2, 3 della Direttiva 2006/123 equivalga al riconoscimento della natura self-executing o immediata applicabilità della direttiva medesima ovvero se, nell'ambito di una direttiva di armonizzazione quale quella in esame ("si deve ritenere che gli artt. da 9 a 13 della direttiva provvedano ad una armonizzazione esaustiva ..." ex sentenza cosiddetta Promoimpresa), debba intendersi come prescrizione per lo Stato nazionale di adottare misure di armonizzazione non generiche, ma vincolate nel loro contenuto; 5) Se la qualificazione di una direttiva come auto-esecutiva o meno e, nel primo caso, la disapplicazione meramente ostativa della legge nazionale possa o debba ritenersi di esclusiva competenza del giudice nazionale (al quale sono all'uopo attribuiti specifici strumenti di supporto interpretativo quali il ricorso al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ovvero al giudizio di legittimità costituzionale) ovvero anche del singolo funzionario o dirigente di un comune; 6) qualora invece ritenuta la direttiva 2006/123 self-executing, premesso che l'articolo 49 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea risulta ostativo alla proroga automatica delle concessioni-autorizzazioni demaniali marittime ad uso turistico ricreativo solo "nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo", se la sussistenza di tale requisito costituisca o meno un presupposto necessario anche con riferimento all'applicazione dell'articolo 12 paragrafi 1 e 2 della direttiva Bolkestein; 7) Se risulti coerente rispetto ai fini perseguiti dalla direttiva 2006/123 e dallo stesso articolo 49 del Trattato sul

La forza e il limite dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale del TAR Lecce derivano dall'aver accettato come *res incontrroversa* che l'art. 49 TFUE e l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE si applichino al settore delle concessioni demaniali marittime, seguendo dunque, per contrastarli negli effetti del diritto dell'Unione sull'ordinamento nazionale, i controversi percorsi interpretativi dell'Adunanza plenaria del CdS. Vedremo che questa impostazione della questione pregiudiziale da parte del Giudice amministrativo di primo grado risulterà vincente a smontare le sentenze del Consiglio di Stato *in subiecta materia*, alla luce della sentenza AGCM della Corte Ue, che descrive come di seguito ai punti 17-19 la fattispecie del procedimento principale.

Il Comune di Ginosa, con delibera del 24 dicembre 2020, rettificata con successiva delibera del 17 febbraio 2021, ha adottato, in particolare, una comunicazione preliminare di carattere ricognitivo volta ad informare tutti i titolari di concessioni di occupazione del demanio marittimo nel territorio di detto comune del fatto che tali concessioni sarebbero state prorogate, conformemente alle disposizioni dell'art.1, commi 682 e 683, della legge n. 145/2018 e dell'articolo 182 del d.l. n.34/2020, convertito con modificazioni dalla legge n.77/2020.

Ritenendo che la delibera del Comune di Ginosa violasse gli articoli 49 e 56 TFUE, nonché l'articolo 12 della direttiva 2006/123, l'AGCM ha notificato a detto Comune un parere motivato, con il quale gli ha ricordato l'obbligo di una previa procedura ad evidenza pubblica, al fine di garantire il rispetto dei principi di concorrenza e di libertà di

funzionamento dell'Unione europea una statuizione da parte del giudice nazionale relativa alla sussistenza, in via generale ed astratta, del requisito dell'interesse transfrontaliero certo riferito tout-court all'intero territorio nazionale ovvero se, viceversa, stante in Italia la competenza dei singoli comuni, tale valutazione non debba intendersi riferita al territorio costiero di ciascun comune e, quindi, riservata alla competenza comunale; 8) Se risulti coerente rispetto ai fini perseguiti dalla direttiva 2006/123 e dallo stesso articolo 49 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea una statuizione da parte del giudice nazionale relativa alla sussistenza, in via generale ed astratta, del requisito della limitatezza delle risorse e delle concessioni disponibili riferito tout-court all'intero territorio nazionale ovvero se, viceversa, stante in Italia la competenza dei singoli comuni, tale valutazione non debba intendersi riferita al territorio costiero di ciascun comune e, quindi, riservata alla competenza comunale; 9) qualora in astratto ritenuta la direttiva 2006/123 self-executing, se tale immediata applicabilità possa ritenersi sussistere anche in concreto in un contesto normativo- come quello italiano- nel quale vige l'articolo 49 Codice della Navigazione (che prevede che all'atto di cessazione della concessione "tutte le opere non amovibili restano acquisite allo Stato senza alcun compenso o rimborso") e se tale conseguenza della ritenuta natura self-executing o immediata applicabilità della direttiva in questione (in particolare con riferimento a strutture in muratura debitamente autorizzate ovvero a concessioni demaniali funzionalmente collegate ad attività turistico ricettiva, come hotel o villaggio) risulti compatibile con la tutela di diritti fondamentali, come il diritto di proprietà, riconosciuti come meritevoli di tutela privilegiata nell'Ordinamento dell'Unione europea e nella Carta dei Diritti Fondamentali».

stabilimento, rilevando, in particolare, che le disposizioni nazionali di proroga automatica delle concessioni violavano detta direttiva, cosicché tutti gli organi dello Stato dovevano disapplicarle, alla luce dei principi enunciati dalle sentenze nn.17 e 18 del 2021 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Poiché il Comune di Ginosa aveva rifiutato di adeguarsi a tale parere, l'AGCM ha adito il TAR per la Puglia – sede di Lecce, giudice del rinvio, proponendo un ricorso diretto all'annullamento della delibera controversa e di tutti gli attestati di proroga rilasciati successivamente, che fissavano il termine di durata delle CDM al 31 dicembre 2033.

Anche il **Consiglio di Stato – VII Sezione con ordinanza di rinvio pregiudiziale del 15.9.2022 n.8010/2022 in causa C-598/22** ha sollevato alla Corte di giustizia un quesito in parte simile al quesito pregiudiziale n.9 proposto dal TAR Lecce nella citata ordinanza sulla mancanza di indennizzi per i concessionari “uscenti” rispetto alle opere non amovibili da essi costruite sul suolo demaniale ed acquisite così al patrimonio dello Stato ai sensi dell'art.49 cod.nav..

La pregiudiziale del CdS nella causa C-598/22, tuttora pendente, evidenzia, come del resto rilevato dal TAR Lecce, che nelle sentenze dell'Adunanza plenaria del CdS sulle CDM l'illegittima disciplina legislativa introdotta dalla giurisdizione amministrativa è comunque del tutto carente della parte relativa agli indennizzi per i concessionari “uscenti” rispetto agli investimenti immobiliari e mobiliari legittimamente effettuati sul suolo demaniale, in un momento storico di assegnazione delle concessioni in cui vigeva l'art.37 comma 2 del Codice della navigazione e il diritto di insistenza legato agli investimenti effettuati, successivamente abrogato dal legislatore nell'erronea convinzione, ispirata inizialmente dalla Commissione europea con la prima procedura di infrazione, che le CDM per finalità turistico-ricreative entrassero nel campo di applicazione della direttiva servizi.

13. Il Governo Draghi e la Commissione europea tentano, invano, di blindare le sentenze dell'Adunanza plenaria del CdS prima della sentenza AGCM della Corte Ue

Nonostante il rinvio pregiudiziale del TAR Lecce o, forse, proprio come reazione all'ordinanza del Giudice amministrativo di primo grado, a tutela delle sentenze nn.17 e 18 del 2021 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato è intervenuto il legislatore, che

all'art. 3 (“Disposizioni sull’efficacia delle concessioni demaniali e dei rapporti di gestione per finalità turistico-ricreative e sportive”), comma 1, della legge 5 agosto 2022 n.118 ha così disposto: «*Continuano ad avere efficacia **fino al 31 dicembre 2023**,, se in essere alla data di entrata in vigore della presente legge sulla base di proroghe o rinnovi disposti anche ai sensi della legge 30 dicembre 2018, n.145, e del decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 ottobre 2020, n. 126: a) le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per l’esercizio delle attività turistico-ricreative e sportive....., e quelle per la realizzazione e la gestione di strutture dedicate alla nautica di diporto, inclusi i punti di ormeggio; b) i rapporti aventi ad oggetto la gestione di strutture turistico-ricreative e sportive in aree ricadenti nel demanio marittimo per effetto di provvedimenti successivi all’inizio dell’utilizzazione.*».

Inoltre, l’art.3 commi 3 e 4 e l’art.4 della legge n.118/2022 prevedono l’indizione di gare o selezioni pubbliche per aggiudicare le CDM in scadenza al 31.12.2023, previa emanazione entro il 27 febbraio 2023 di decreti legislativi di riordino del settore e di definizione dei criteri di assegnazione, con previsione di indennizzi per i concessionari uscenti.

Gli artt. 3 e 4 della legge n.118/2022 sono stati imposti dall’allora Presidente del Consiglio dei Ministri prof. Mario Draghi, pur essendovi la consapevolezza che le concessioni demaniali marittime non rientravano nel campo di applicazione della direttiva 2006/123/CE e che **le aste per le concessioni demaniali marittime non erano state inserite neanche tra gli obiettivi del PNRR, come si evince a pag.76 del documento programmatico del PNRR e come ha confermato la portavoce della Commissione Ue Veerle Nuyts con una dichiarazione del 23.1.2023.**

Il legislatore di unità nazionale del Governo Draghi, in tutta evidenza, ha tentato di impedire che le Sezioni unite della Cassazione potessero annullare per eccesso di potere giurisdizionale, all’esito dei citati giudizi pendenti, la sentenza n.18/2021 dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, creando una situazione di sopravvenuta carenza di interesse ad impugnare a seguito dell’intervento legislativo confermativo del *dictum* della giurisdizione amministrativa.

Paradossalmente, ma coerentemente con le indicazioni dell’Adunanza plenaria, l’art.3 comma 5 lettera a) della legge n.118/2022 ha disposto l’abrogazione dell’art.1 commi 682 e

683 della legge n.145/2018 e non del comma 684 dell'art.1 della legge di bilancio 2019, con il conseguente perdurare, come più volte precisato, della proroga fino al 31.12.2033 della durata delle CDM per finalità turistico-ricreative per uso residenziale o abitativo, di cui all'art.01 comma 1 lettera f) del d.l. n.400/1993.

Come descritto analiticamente nel primo paragrafo del presente scritto, il nuovo Parlamento, in sede di conversione del d.l. n.198/2022 con la legge n.14/2023 ha neutralizzato definitivamente gli effetti degli artt. 3 e 4 della legge sulla concorrenza n.118/2022, chirurgicamente modificati.

In buona sostanza, poiché il 28 febbraio 2023 è scaduto il termine per l'emanazione da parte del Governo dei decreti legislativi di riordino della disciplina in materia di concessioni demaniali marittime previsto dall'art.4 comma 1 della legge n.118/2022, il **legislatore nazionale con l'introduzione a decorrere dal 27 febbraio 2023 dell'art.4-bis della legge n.118/2022 ha disposto il divieto a tempo indeterminato per gli Enti concedenti di procedere all'emanazione dei bandi di assegnazione delle concessioni demaniali marittime, così prorogando, per gli effetti del combinato disposto di cui all'art.10-quater comma 3 ultimo capoverso e all'art.12 comma 6-sexies del d.l. n.198/2022, (formalmente fino al 31.12.2025 o fino al termine delle procedure di gara se successive, ma in realtà) a tempo indeterminato la durata delle CDM.**

La nuova disposizione di proroga a tempo indeterminato della durata delle CDM consente, inoltre, di ritenere permanente l'interesse della parte ricorrente all'annullamento delle sentenze nn.17 e n.18 del 2021 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato da parte della Cassazione a Sezioni unite.

Inusualmente, il **Consiglio di Stato – VI Sezione con sentenza del 1.3.2023 n.2192/2023**, richiamando espressamente i principi enunciati dall'Adunanza plenaria nelle sentenze gemelle nn.17 e 18 del 2021, si è permesso di invadere ancora una volta lo spazio riservato al Legislatore e all'Esecutivo, ignorando sia la pendenza del giudizio pregiudiziale in Corte di giustizia che l'impugnativa delle decisioni non definitive dell'Adunanza plenaria davanti alle Sezioni unite della Cassazione, rispetto alla nuova disposizione di proroga pubblicata in Gazzetta ufficiale appena due giorni prima del deposito della decisione, ed ha riformato la sentenza del TAR Lecce così decidendo: *«In conclusione giova soltanto soggiungere che,*

sulla base di quanto affermato dall'Adunanza Plenaria, con le ricordate sentenze nn. 17 e 18 del 2021, non solo i commi 682 e 683 dell'art. 1 della L. n. 145/2018, ma anche la nuova norma contenuta nell'art. 10-quater, comma 3, del D.L. 29/12/2022, n. 198, conv. in L. 24/2/2023, n. 14, che prevede la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere, si pone in frontale contrasto con la sopra richiamata disciplina di cui all'art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE, e va, conseguentemente, disapplicata da qualunque organo dello Stato.».

Contestualmente, va segnalato e stigmatizzato il ruolo della Commissione europea *in subiecta materia*, dal momento che, dopo aver correttamente affermato e constatato che le concessioni demaniali marittime in Italia non entrano nelle misure del PNRR (dichiarazione della portavoce della Commissione Ue Veerle Nuyts del 23.1.2023, cit.), che, dopo la conversione in legge del d.l. n.198/2022, improvvisamente ha preteso di dover censurare immediatamente la nuova disciplina interna della proroga a tempo indeterminato delle CDM, preannunciando (come evidenziato da tutta la stampa nazionale) addirittura la notifica del parere motivato il 19 aprile 2023, cioè il giorno prima della pubblicazione della sentenza AGCM della Corte di giustizia, come se già se ne conoscesse il contenuto, ritenuto evidentemente negativo per i diritti dei concessionari demaniali marittimi.

Questo abnorme e comunque inaudito comportamento della Commissione europea sarà poi clamorosamente smentito dalla stessa Istituzione Ue, che, invece dell'annunciato parere motivato sui balneari, notificherà al Governo italiano il 19 aprile 2023 il parere motivato che completa la prima parte (propedeutica al ricorso per inadempimento davanti alla Corte di giustizia ex art.258 TFUE) della procedura di infrazione 2014/4231 sui contratti di lavoro a tempo determinato nel settore pubblico.

La Commissione Ue nel parere motivato della procedura di infrazione 2014/4231 ha rilevato, finalmente, a distanza di nove anni e dopo le continue sollecitazioni del Parlamento europeo attraverso le istanze dei *petitioners* precari pubblici e le sollecitazioni di chi scrive³², che *«la normativa italiana non previene né sanziona in misura sufficiente*

³² Cfr. V. De Michele, *La risoluzione del PE sulla precarietà in Europa*, su www.europeanrights.eu, 15.7.2018, in cui sottolineavo: «Dopo l'audizione delle petizioni in materia di magistratura onoraria italiana del 28 febbraio 2017 e di precariato pubblico italiano il 22 marzo 2017, alla public hearing del 22 novembre 2017 mi è stato chiesto, in qualità di esperto, di presentare alla Commissione PETI del Parlamento europeo una relazione¹¹ sul tema "Protection of the rights of workers in temporary or precarious employment, based on petitions received", cioè su come gli Stati membri e le Istituzioni Ue hanno dato applicazione alla direttiva

l'utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato per diverse categorie di lavoratori del settore pubblico in Italia. Tra questi, insegnanti e personale amministrativo, tecnico e ausiliario della scuola pubblica, operatori sanitari, lavoratori del settore dell'alta formazione artistica, musicale e coreutica e del settore operistico, personale degli istituti pubblici di ricerca, lavoratori forestali e volontari dei vigili del fuoco nazionali. Alcuni di questi lavoratori hanno anche condizioni di lavoro meno favorevoli rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato, situazione che costituisce una discriminazione e contravviene al diritto dell'Unione.».

L'insolito e stravagante comportamento della Commissione europea sulla questione delle concessioni demaniali marittime era stato anticipato dall'avvio della procedura di infrazione 2022/2020 con la **lettera di messa in mora del 6.4.2022 nei confronti del Portogallo** per la regolamentazione del settore delle CDM, a cui il Portogallo non si è degnato neanche di fornire una risposta, con conseguente notifica del parere motivato in data 23.1.2023. La Commissione ha deciso di inviare un parere motivato al Portogallo per la non corretta attuazione delle norme relative alle procedure di gara per l'aggiudicazione delle concessioni balneari, rilevando, a distanza di 10 anni dalla legittimazione della stessa disciplina introdotta dal legislatore spagnolo, che la legislazione portoghese, che conferisce ai titolari di «concessioni balneari» esistenti un diritto di preferenza nelle procedure di gara per il rinnovo di tali concessioni, non risultasse compatibile con la direttiva servizi e con la libertà di stabilimento, perchè un diritto preferenziale a favore degli operatori storici penalizzerebbe e dissuaderebbe le imprese situate in altri Stati membri dal fornire servizi balneari in

1999/70/CE sul lavoro a tempo determinato e alla giurisprudenza della Corte di giustizia, con particolare riferimento al precariato pubblico, compreso il caso della petizione n.178/2017 presentata da n.108 lavoratori precari dello staff personale non permanente della Commissione Ue sull'attuazione di condizioni di lavoro non discriminatorie e di prospettive di carriera per gli agenti contrattuali dell'Istituzione dell'Unione». Le petizioni in Parlamento europeo dei precari pubblici sono state sostenute dall'impareggiabile sindacalista dott. Pierpaolo Volpe, dall'allora europarlamentare e ora parlamentare, la determinatissima dott.ssa Eleonora Evi, assistita dall'eccezionale funzionario del Parlamento Ue, dott. Carlo Diana. Dirimente a sostenere il silenzioso lavoro di pochi a tutela dei diritti fondamentali dei precari pubblici garantiti dal diritto dell'Unione è stata la discussione il 21 gennaio 2020 della petizione presentata dal dott. Volpe davanti alla Commissione PETI del Parlamento europeo contro la Commissione Ue per la mancata attivazione delle procedure di infrazione contro l'Italia, nonostante la flagrante violazione della direttiva 1999/70/CE per quanto riguarda l'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato sia nel pubblico impiego che nel lavoro privato. La Commissione Ue, sul banco di accusa davanti alla Commissione PETI del Parlamento europeo, promise che avrebbe provveduto ad elaborare una proposta di modifica dei Trattati per rafforzare l'efficacia della sua azione di garante della corretta applicazione del diritto dell'Unione. Subito dopo venne il Covid-19 ed è stato approvato il PNRR, la prima forma di condivisione del debito da parte dell'Unione attraverso l'immissione a fondo perduto di consistenti risorse finanziarie a favore degli Stati più colpiti dalla pandemia, in particolare in favore dell'Italia.

Portogallo.

Insomma, una procedura di infrazione inventata appositamente per giustificare *ex post* l'incomprensibile avvio della procedura di infrazione nei confronti dell'Italia sui balneari con la lettera di messa in mora del 3 dicembre 2020.

Contestualmente, il 16 febbraio 2023 la Commissione europea ha notificato la lettera di messa in mora anche alla Spagna nella procedura di infrazione 2022/4121, ritenendo che la possibilità di estendere le concessioni esistenti fino a 75 anni senza alcuna giustificazione fosse contraria alle norme dell'Ue e alla direttiva sui servizi, mentre quasi 11 anni prima il 3 agosto 2012 la Vicepresidente della Commissione europea e Commissaria europea per la Giustizia Viviane Reding aveva affermato esattamente il contrario. Secondo il comunicato stampa dell'esecutivo europeo *«la legge spagnola sulle coste prevede la possibilità di rilasciare concessioni (autorizzazioni ai sensi della direttiva sui servizi) per la costruzione di strutture permanenti (ad esempio ristoranti, aziende agricole, industria cartaria o chimica, ecc.) nel cosiddetto "demanio pubblico marittimo-terrestre", al di fuori dei porti, senza una procedura di selezione aperta e trasparente". Inoltre, la Commissione spiega che la legge spagnola prevede "la possibilità di estendere la loro durata fino a 75 anni, sempre senza una procedura di selezione. Questa legge viola la direttiva sui servizi.»*.

L'incomprensibile accanimento della Commissione Ue nei confronti dei concessionari demaniali marittimi italiani cesserà finalmente con la pubblicazione in data 20 aprile 2023 della sentenza AGCM della Corte di giustizia.

14. Le tre sentenze della Corte di giustizia Sisal del 2.9.21, Sharengo del 10.11.22 e CNAE e a. del 19.1.23 sull'interpretazione delle direttive 2014/23/UE e 2006/123/CE

Un trittico di sentenze della Corte di giustizia Ue ha preceduto e anticipato il percorso argomentativo che sarà seguito dal Collegio di Lussemburgo della III Sezione nella composizione integrale a cinque Giudici (K. Jürimäe, M. Safjan, N. Piçarra, N. Jääskinen e M. Gavalec) nella decisione **AGCM** del 20 aprile 2023 sulle concessioni demaniali marittime:

- la sentenza **SISAL**³³ del 2.9.2021 (cause riunite C-721/19 e C-720/19; EU:C:2021:672) della V Sezione della Corte in composizione a cinque Giudici (E. Regan, M. Ilešič, E. Juhász, C. Lycourgos e I. Jarukaitis), che interpreta la **direttiva 2014/23/UE e gli artt.49 e 56 TFUE** in una fattispecie del diritto italiano di rinnovo senza gara di una concessione di servizi per la gestione, a livello nazionale, delle lotterie ad estrazione istantanea, i c.d. «gratta e vinci»;
- la sentenza **SHARENGO** del 10 novembre 2022 (causa C-486/21; EU:C:2022:868) della VIII Sezione della Corte in composizione a tre Giudici (N. Piçarra, N. Jääskinen e M. Gavalec), che interpreta la **direttiva 2014/23/UE** in una fattispecie di noleggio e uso condiviso di autoveicoli elettrici;
- infine, la sentenza **CNAE e a.** del 19 gennaio 2023 (causa C-292/21; EU:C:2023:32) della III Sezione della Corte nella composizione integrale a cinque Giudici (K. Jürimäe, M. Safjan, N. Piçarra, N. Jääskinen e M. Gavalec), che interpreta la **direttiva 2006/123/CE** in una fattispecie di concessione di servizio pubblico per l'erogazione di corsi di sensibilizzazione e di rieducazione stradale per il recupero dei punti della patente.

La sentenza **Promoimpresa** è richiamata una sola volta nella sentenza **SISAL** del 2.9.2021 al punto 32, quando la Corte ha precisato ai punti 27-32³⁴, in cui da un lato ha escluso

³³ Sulla sentenza Sisal della Corte di giustizia cfr. D. Simon, *Prestation de services - Jeux de hasard*, Europe 2021, n° 11 Novembre, comm.; D. Dero-Bugny e A. Perrin, *CJUE, 5e ch, 2 septembre 2021, Sisal SpA e.a. c/ Agenzia delle Dogane e dei Monopoli et Ministero dell'Economia e delle Finanze, aff. jtes C-721/19 et C-722/19, ECLI:EU:C:2021:672*, Jurisprudence de la CJUE 2021. Décisions et commentaires 2022, p. 790-795.

³⁴ Così la sentenza **SISAL** della Corte di giustizia ai punti 27-32: «27. *Se un contratto di concessione contiene una clausola di rinnovo che è parte integrante del contratto originario, tale clausola è anch'essa disciplinata dalla legislazione sugli appalti pubblici applicabile a detta concessione.* 28 *Tuttavia, dalla giurisprudenza della Corte risulta anche che, in caso di modifica sostanziale di un contratto di concessione, il diritto dell'Unione alla luce del quale tale modifica dev'essere valutata è quello in vigore alla data di tale modifica. In questo contesto, la Corte ha precisato che il fatto che la conclusione del contratto di concessione originario sia precedente all'adozione delle norme dell'Unione in materia non comporta conseguenze a tale riguardo (v., in questo senso, sentenza del 18 settembre 2019, Commissione/Italia, C-526/17, EU:C:2019:756, punto 60 e giurisprudenza ivi citata).* 29 *Nel caso di specie, le controversie di cui ai procedimenti principali riguardano la decisione con cui è stato scelto, ai sensi dell'articolo 20, comma 1, del decreto-legge n. 148/2017, di rinnovare la concessione esistente e di prorogarla di nove anni; facoltà prevista dall'articolo 21, comma 4, del decreto-legge n. 78/2009. A questo proposito, le ricorrenti nei procedimenti principali sostengono che il rinnovo comporterebbe modifiche sostanziali rispetto al contratto di concessione in questione.* 30 *Ne consegue che, nei procedimenti principali, la questione volta ad accertare quale tipo di modifiche sia stato apportato a tale contratto di concessione in occasione del suo rinnovo dev'essere valutata alla luce delle disposizioni della direttiva 2014/23, poiché detto rinnovo è avvenuto dopo la sua entrata in vigore.* 31 *A questo proposito, occorre osservare che dai termini dell'articolo 43 di tale direttiva risulta che essa ha proceduto a un'armonizzazione esaustiva, da un lato, delle ipotesi in cui le concessioni possono essere modificate senza che sia necessaria, per tale ragione, l'organizzazione di una nuova procedura di aggiudicazione della concessione conforme alle norme stabilite da detta direttiva, e, dall'altro, di quelle in cui una tale procedura di aggiudicazione è richie-*

l'applicabilità degli artt.49 e 56 TFUE nel caso di adozione di direttive di armonizzazione nel settore, dall'altro ha ricompreso il rinnovo delle concessioni di servizi nel campo di applicazione della direttiva 2014/23/UE anche quando il contratto di concessione originario, come nella fattispecie di quella causa, si fosse concluso prima dello spirare del termine di recepimento della direttiva sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

Il Consiglio di Stato, Giudice del rinvio della causa pregiudiziale *Sisal*, ha interrogato la Corte di giustizia chiedendo se il diritto dell'Unione, ed in particolare il diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di cui agli artt. 49 e 56 TFUE, nonché i principi di diritto dell'Unione di certezza del diritto, non discriminazione, trasparenza e imparzialità, libertà di concorrenza, proporzionalità, legittimo affidamento e coerenza, nonché – laddove ritenuti applicabili – gli articoli 3 e 43 della direttiva 2014/23/UE, deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa, del tipo di quella contenuta nell'art.20 comma 1 del d.l. n. 148/2017, che dispone che l'Amministrazione delle Dogane e dei Monopoli provvede ad autorizzare la prosecuzione del rapporto concessorio in essere con *Lottomatica*, relativo alla raccolta, anche a distanza, delle scommesse delle lotterie nazionali ad estrazione istantanea, sino al termine ultimo del 30 settembre 2019 previsto dall'atto unico di concessione, in modo da assicurare nuove e maggiori entrate al bilancio dello Stato in misura pari a 50 milioni di euro per l'anno 2017 e 750 milioni di euro per l'anno 2018.

La Corte di giustizia nella sentenza **SISAL** ha risposto ai quesiti pregiudiziali del Consiglio di Stato, precisando che l'art.43 paragrafo 1 lettera a) della direttiva 2014/23/UE e paragrafo 4 doveva essere interpretato nel senso che esso non ostava a una normativa nazionale che, da un lato, imponeva il rinnovo di un contratto di concessione senza una nuova procedura di aggiudicazione, in circostanze in cui esso è stato aggiudicato a un solo concessionario, mentre il diritto nazionale applicabile prevedeva che una tale concessione dovesse essere aggiudicata, in linea di principio, a più operatori economici, quattro al massimo, quando tale normativa nazionale costituisce l'attuazione di una clausola contenuta nel contratto di concessione originario che prevedeva l'opzione di un tale rinnovo; dall'altro, che il rinnovo

sta in caso di modifica delle condizioni di concessione. 32 Orbene, qualsiasi misura nazionale in un settore che sia stato oggetto di un'armonizzazione completa a livello dell'Unione dev'essere valutata in rapporto non alle disposizioni del diritto primario, ma a quelle di tale misura di armonizzazione (sentenza del 14 luglio 2016, Promoimpresa e a., C-458/14 e C-67/15, EU:C:2016:558, punto 59 e giurisprudenza ivi citata).»

di una concessione siffatta fosse deciso due anni prima della sua scadenza con una modifica delle modalità di pagamento del corrispettivo finanziario dovuto dal concessionario, quali stabilite nel contratto di concessione originario, in modo da garantire allo Stato nuove e maggiori entrate di bilancio, quando tale modifica non era sostanziale.

I principi enunciati dalla Corte di giustizia nella sentenza **SISAL** del 2.9.2021 sono stati correttamente applicati nel giudizio di riassunzione dal Consiglio di Stato con la sentenza del 24.1.2022 n.458 e desta perplessità il fatto che l'Adunanza plenaria non ne abbia fatto alcun richiamo nelle sentenze n.17 e n.18 del novembre 2021 in riferimento alla proroga legislativa al 31 dicembre 2033 delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per finalità turistico-ricreative che erano state affidate prima del 28 dicembre 2009 (termine finale per il recepimento della direttiva Bolkestein), nel momento in cui la modifica dei contratti di concessione di servizi rientrava comunque *ratione temporis* e *ratione materiae* nel campo di applicazione della direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione e, naturalmente, la proroga legislativa delle concessioni balneari non comportava alcuna modifica delle condizioni contrattuali, semmai una compensazione per l'abrogazione del diritto di insistenza originariamente previsto e abrogato per le indebite interferenze della Commissione europea sull'ordinamento nazionale.

La sentenza **Promoimpresa** è richiamata una sola volta nella sentenza **SHARENGO** del 10.11.2022 al punto 60, quando la Corte trae spunto dalla prima sentenza sulle concessioni demaniali marittime e lacuali per ricavare la distinzione tra concessione di servizi e appalto pubblico di servizi: *«Dal raffronto di tali definizioni risulta che una concessione di servizi si distingue da un appalto pubblico per l'attribuzione al concessionario del diritto, eventualmente accompagnato da un prezzo, di gestire i servizi oggetto della concessione, e il concessionario dispone, nell'ambito del contratto concluso, di una certa libertà economica per determinare le condizioni di gestione dei servizi concessigli ed è esposto, parallelamente, al rischio legato alla gestione di detti servizi (v., in tal senso, sentenza del 14 luglio 2016, **Promoimpresa** e a., C-458/14 e C-67/15, EU:C:2016:558, punto 46).»*.

Quindi, a prescindere dall'esclusione delle CDM dal campo di applicazione della direttiva 2014/23/UE (e della direttiva Bolkestein) alla luce del combinato disposto dei considerando n.14 e n.15 e dell'art.10 paragrafo 8 lettera a) della stessa direttiva sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, è quest'ultima la direttiva di armonizzazione delle concessioni di

servizi e non certamente la direttiva 2006/123/CE.

La **sentenza Promoimpresa non è mai richiamata** nella sentenza **CNAE e a.** del 19.1.2023 dello stesso Collegio a cinque Giudici della III Sezione della Corte Ue, che deciderà la seconda pregiudiziale sulle concessioni demaniali marittime con la decisione **AGCM** del 20.4.2023. In particolare, nella sentenza **CNAE e a.** l'interpretazione della direttiva Bolkestein riguarda l'individuazione di "***motivi imperativi d'interesse generale, riconosciuti come tali dalla giurisprudenza della Corte di giustizia***" che possano giustificare le restrizioni alla libertà di stabilimento di cui all'art.12 paragrafo 3 della direttiva servizi, indicati all'art.4 n.8) della stessa direttiva 2006/123/CE: *«l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica, l'incolumità pubblica, la sanità pubblica, il mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale, la tutela dei consumatori, dei destinatari di servizi e dei lavoratori, l'equità delle transazioni commerciali, la lotta alla frode, la tutela dell'ambiente, incluso l'ambiente urbano, la salute degli animali, la proprietà intellettuale, la conservazione del patrimonio nazionale storico ed artistico, gli obiettivi di politica sociale e di politica culturale»*.

Di particolare rilievo è la fattispecie della causa nel procedimento principale da cui nasce la pregiudiziale decisa dalla Corte con la sentenza **CNAE e a.**, che riguarda l'impugnativa davanti al giudice amministrativo spagnolo della gara d'appalto intitolata *«Concessione della gestione di corsi di sensibilizzazione e di rieducazione stradale per il recupero dei crediti della patente di guida: 5 lotti»*, indetta nel 2014 dall'Ufficio della motorizzazione per organizzare corsi erano destinati agli automobilisti che avevano perso punti della patente di guida a causa di infrazioni stradali, suddividendo il territorio nazionale (ad eccezione della Catalogna e dei Paesi Baschi) in cinque zone, ciascuna corrispondente a un lotto della gara d'appalto, con un solo contratto di concessione disponibile per ogni lotto. Quindi, si trattava di una forte limitazione della libertà di stabilimento e della libertà di concorrenza, perchè la gara del servizio di recupero dei punti della patente di guida è stata limitata a pochissimi macro lotti con un solo vincitore per lotto, nonostante la procedura di selezione pubblica riguardasse l'intero territorio nazionale spagnolo, ad eccezione delle Regioni autonome.

Infatti, la scelta dell'Amministrazione pubblica aggiudicataria iberica viene considerata eccessiva dalla Corte di giustizia nella sentenza **CNAE e a.**, che ha così concluso: *«L'articolo 15 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: tale disposizione osta a una normativa nazionale secondo la quale l'aggiudicazione dei corsi di sensibilizzazione e di rieducazione stradale per il recupero dei punti della patente di guida deve essere effettuata mediante una concessione di servizio pubblico, nei limiti in cui tale normativa eccede quanto necessario per conseguire l'obiettivo di interesse generale perseguito, ossia il miglioramento della sicurezza stradale.».

Ci si chiede come mai l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato non abbia valutato l'esistenza di chiari motivi imperativi di interesse generale, quali la salvaguardia della salute pubblica e la tutela dell'ambiente e del patrimonio costiero, peraltro espressamente indicati nella legge di bilancio 2019 ai commi 675, 682 e 682 dell'art.1, che, ai sensi dell'art.51 TFUE e in base alla previsione dell'art.12 paragrafo 3 della direttiva 2006/123/CE, portano ad escludere l'obbligo secondo il diritto dell'Unione di affidamento a procedure di gara per il rinnovo delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per finalità turistico-ricreative. La risposta a questo interrogativo la fornirà la sentenza AGCM della Corte Ue.

15. La strana sentenza OL (Prorogation des concessions italiennes) della Corte Ue, che integra la sentenza Promoimpresa e anticipa la sentenza AGCM della CGUE

Al trittico di sentenze della Corte di giustizia, che hanno preceduto e accompagnato il percorso ermeneutico sulle direttive 2006/123/CE e 2014/23/UE che porterà alla decisione AGCM sulle CDM del 20.4.2023 degli stessi Giudici di Lussemburgo della III Sezione (ridotti a tre nel Collegio della sentenza Sharengo, come ricordato), va aggiunta la strana sentenza **OL (Prorogation des concessions italiennes)** del 16.3.2023 (causa C-517/20; EU:C:2023:219) della IX Sezione della Corte in composizione a tre Giudici (L.S. Rossi, S. Rodin e O. Spineanu-Matei), che interpreta gli **artt. 49 e 56 TFUE** in una fattispecie di proroga delle **concessioni per l'attività di raccolta di scommesse**, risolvendo così, a distanza di quasi due anni e mezzo, la domanda pregiudiziale del 29.9.2020 proposta dal Tribunale penale di Ascoli Piceno, con tempi del processo troppo lunghi per gli standard comunitari, dal momento che non è stata trattazione orale della causa pregiudiziale e non sono state depositate conclusioni scritte da parte dell'Avvocato generale M. Campos Sánchez-Bordona.

Le originalità che si colgono in questa causa pregiudiziale e nel suo esito consistono anche nel fatto che la sentenza è stata tradotta soltanto in italiano, oltre che in francese come lingua ufficiale dei Giudici di Lussemburgo, e che il titolo **OL (Prorogation des concessions italiennes)** sembra anticipare il contenuto generale di principi applicabili a tutte le proroghe di concessioni italiane, quasi anticipando la sentenza AGCM sulle concessioni demaniali marittime.

La questione pregiudiziale è stata sollevata dal Giudice penale italiano nell'ambito di un procedimento instaurato nei confronti di OL, proprietario dell'impresa OL, per la violazione della normativa nazionale in materia di raccolta di scommesse (leggi n. 190/2014 e n. 208/2015), per aver esercitato un'attività organizzata di raccolta di scommesse per conto di un allibratore stabilito in Austria senza essere titolare di una concessione e di una licenza previste da detta normativa.

Secondo il Tribunale di Ascoli Piceno nell'ordinanza di rinvio del 29.9.2020 (quindi un anno prima della sentenza SISAL della Corte Ue), sarebbe in contrasto con il diritto dell'Unione e, in particolare, con gli artt. 49 e 56 del TFUE e con le menzionate sentenze Placanica e Costa e Cifone della Corte di giustizia, nonché con la direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, la proroga senza gara delle concessioni nel settore dei giochi d'azzardo in Italia e dei diritti concessi in virtù della circolare del 9 giugno 2016 dell'Amministrazione delle Dogane e dei Monopoli.

Sia il Governo italiano che quello belga hanno chiesto nelle rispettive osservazioni scritte l'irricevibilità dei quesiti pregiudiziali. Il Governo italiano ha sottolineato che il giudice del rinvio fa riferimento alla direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, che non sarebbe applicabile ai fatti di cui al procedimento principale, e ha evidenziato che comunque le sentenze Placanica e Costa e Cifone della Corte non avevano dichiarato l'illegittimità della normativa interna in materia di concessioni di attività di scommesse e giochi d'azzardo. Il Governo belga ha precisato invece che la controversia di cui al procedimento principale non riguarda l'applicazione degli artt.49 e 56 del TFUE, bensì quella della direttiva 2014/23/UE, dato che quest'ultima armonizza in maniera esaustiva, secondo la giurisprudenza della Corte, la materia delle concessioni.

La Corte nella sentenza OL (Prorogation des concessions italiennes) riconosce

sostanzialmente la correttezza della posizione del Governo belga, individuando come normativa del diritto dell'Unione applicabile alla fattispecie di causa soltanto la direttiva 2014/23/UE, non invocata come oggetto di interpretazione utile ai fini della soluzione del procedimento penale, e, in particolare, ai punti 3-5 il considerando n.15 [punto 3 della sentenza OL (Prorogation des concessions italiennes), che corrisponde al punto 7 della sentenza Promoimpresa], nonché l'art.5 paragrafo 1 lettera b) [punto 4 della sentenza OL (Prorogation des concessions italiennes)] e l'art.8 paragrafo 1 [punto 5 della sentenza OL (Prorogation des concessions italiennes)] della direttiva del 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

Tuttavia la Corte non dichiara irricevibile la questione pregiudiziale sollevata dal Giudice penale italiano, ma gli fornisce una risposta utile (all'evidente e condivisibile fine di consentire l'eventuale assoluzione dell'imputato OL nel processo) alla luce degli artt.49 e 56 del TFUE, cioè della normativa primaria la cui interpretazione andrebbe esclusa, alla luce della sentenza SISAL della stessa Corte Ue, in presenza di una direttiva di armonizzazione come quella sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, ritenuta applicabile alla fattispecie di causa, così concludendo: *«Gli articoli 49 e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che essi ostano ad una proroga delle concessioni nel settore dei giochi d'azzardo e dei diritti derivanti dalla regolarizzazione della situazione dei centri di trasmissione dati che già esercitavano, ad una certa data, attività di raccolta di scommesse a favore di allibratori esteri non titolari di una concessione e di una licenza di polizia, se e in quanto tale proroga, che può essere giustificata segnatamente da motivi imperativi di interesse generale come l'obiettivo di assicurare la continuità di un controllo sugli operatori di tale settore al fine di garantire la protezione dei consumatori, non sia idonea a garantire la realizzazione di tale obiettivo o vada oltre quanto è necessario per raggiungerlo.»*

Il ragionamento della Corte è complesso perchè si snoda nel solco già tracciato dalla sentenza Promoimpresa [citata ben tre volte ai punti 29, 32 e 45 della sentenza OL (Prorogation des concessions italiennes)] in materia di concessioni demaniali marittime e lacuali e dalla sentenza SISAL [citata una sola volta al punto 27 della sentenza OL (Prorogation des concessions italiennes)] in *subiecta materia* di concessioni di servizi per attività di scommesse e di giochi d'azzardo, quasi a voler integrare quanto evidenziato dalla sentenza Promoimpresa e a voler anticipare gli esiti interpretativi della sentenza AGCM che

sarebbe stata pubblicata solo il 20.4.2023.

Infatti, parendo rispondere criticamente all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sull'efficacia della sentenza della Corte di giustizia resa nell'ambito di un giudizio pregiudiziale ex art.267 TFUE, la Corte Ue ai punti 37-39 della sentenza OL (Prorogation des concessions italiennes) dichiara irricevibile il terzo quesito pregiudiziale del giudice del rinvio, che presupponeva, erroneamente, che le concessioni attribuite in Italia nel settore dei giochi d'azzardo erano già state dichiarate illegittime dalle varie sentenze (Placanica e Costa e Cifone) della Corte, in quanto *«non spetta alla Corte pronunciarsi, nell'ambito di un procedimento siffatto, sulla compatibilità di norme di diritto interno con le disposizioni del diritto dell'Unione»*. La Corte Ue ricorda, dunque, ai Giudici nazionali che il suo compito non è quello di modificare le norme dell'ordinamento interno, ma (soltanto quello) di interpretare il diritto dell'Unione, che il giudice del rinvio ritiene di dover applicare nel procedimento principale.

In secondo luogo, citando per l'unica volta la sentenza SISAL la Corte da un lato ha precisato che *«È certamente vero che, da un lato, qualsiasi misura nazionale in un settore che è stato oggetto di un'armonizzazione completa a livello dell'Unione europea deve essere valutata alla luce non delle disposizioni del diritto primario, bensì di quelle di tale misura di armonizzazione, e che, dall'altro lato, la direttiva 2014/23 ha proceduto ad un'armonizzazione esaustiva delle ipotesi nelle quali le concessioni possono essere modificate senza che sia necessaria a tal fine l'organizzazione di una nuova procedura di attribuzione di concessione conforme alle norme stabilite da detta direttiva, nonché delle ipotesi nelle quali una siffatta procedura di attribuzione è necessaria in caso di modifica delle condizioni della concessione»* [punto 27 della sentenza OL (Prorogation des concessions italiennes)].

Dall'altro, la Corte, nel caso in cui il giudice del rinvio avesse errato nell'indicazione della normativa derivata dell'Unione applicabile e/o non vi fosse una direttiva di armonizzazione da applicare alla fattispecie di causa, ha evidenziato, con un'argomentazione priva di richiami a precedenti della stessa Corte se non il punto 64 della sentenza Promoimpresa sull'applicazione comunque dei principi fondamentali dei Trattati [punto 32 della sentenza OL (Prorogation des concessions italiennes)], che *«la presunzione di rilevanza delle questioni sollevate dal giudice del rinvio, che riguardano segnatamente l'interpretazione*

degli articoli 49 e 56 TFUE, non può essere confutata, né la ricevibilità di dette questioni può essere rimessa in discussione, per il solo fatto che la domanda di pronuncia pregiudiziale non contiene gli elementi da cui si possa dedurre che la direttiva 2014/23 non è applicabile ai fatti in discussione nel procedimento principale. Esigere dai giudici nazionali che essi, per poter sollevare questioni relative al diritto primario, dimostrino che la controversia di cui sono investiti non rientra nell'ambito del diritto derivato adottato ai fini dell'armonizzazione delle normative nazionali in un determinato settore, può nuocere al sistema di cooperazione tra i giudici nazionali e la Corte.» [punto 35 della sentenza OL (Prorogation des concessions italiennes)].

Fatte queste precisazioni, la Corte fa una verifica preliminare (inutile e ultronea ai fini della soluzione della causa pregiudiziale) per verificare l'applicabilità della direttiva 2014/23/UE alle concessioni di servizi per l'attività di scommesse, così argomentando: «*28 Tuttavia, affinché una concessione rientri nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/23, è indispensabile, segnatamente, che essa sia suscettibile nella nozione di «concessione di lavori» o in quella di «concessione di servizi», ai sensi dell'articolo 5, punto 1, di tale direttiva, e che il valore di tale concessione ecceda la soglia prevista dall'articolo 8, paragrafo 1, della direttiva in parola. 29 Ai sensi dell'articolo 5, punto 1, lettera b), della direttiva 2014/23, costituisce una concessione di servizi un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera a) del medesimo articolo 5, punto 1, ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo. **Per contro, taluni accordi aventi ad oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse pubblici, in regime di diritto privato o pubblico, come dei terreni, mediante i quali lo Stato fissa unicamente le condizioni generali d'uso dei beni o delle risorse in questione senza acquisire lavori o servizi specifici, non dovrebbero – come risulta dal considerando 15 della citata direttiva – essere qualificati come «concessioni di servizi», ai sensi della direttiva 2014/23 (v., in tal senso, sentenza del 14 luglio 2016, Promoimpresa e a., C-458/14 e C-67/15, EU:C:2016:558, punto 48).**» [punti 28 e 29 della sentenza OL (Prorogation des concessions italiennes)].*

In buona sostanza, con il richiamo del considerando 15 della direttiva 2014/23/UE, che non riguarda certamente le concessioni di servizi di attività di scommesse che appaiono regolate piuttosto dal considerando n.35 della direttiva sull'aggiudicazione dei contratti di concessione che ne esclude, appunto, l'applicazione della stessa direttiva, la Corte sembra voler richiamare proprio le argomentazioni della sentenza *Promoimpresa* sulla esclusione delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali dal campo di applicazione della direttiva 2014/23/UE (e dalla direttiva Bolkestein), ma non dal diritto primario dell'Unione: «30 Orbene, la Corte non dispone di elementi da cui risulti, da un lato, che le concessioni e i diritti prorogati accordati in virtù delle leggi n. 190/2014 e n. 208/2015 nel settore dei giochi d'azzardo in Italia costituiscono concessioni di servizi ai sensi dell'articolo 5, punto 1, lettera b), della direttiva 2014/23, e non accordi aventi ad oggetto il diritto di un operatore economico di esercitare un'attività in tale settore, mediante i quali la Repubblica italiana fissa unicamente le condizioni generali di esercizio di tale diritto, senza acquisizione di servizi specifici, e, dall'altro lato, che il valore di tali contratti eccede la soglia prevista dall'articolo 8, paragrafo 1 di tale direttiva. 31 Pertanto, non si può escludere che la direttiva 2014/23 non si applichi a tali concessioni e a tali diritti. 32 Inoltre, **le autorità pubbliche, ove intendano attribuire una concessione che non rientra nell'ambito di applicazione delle direttive relative alle varie categorie di contratti pubblici, sono tenute a rispettare le norme fondamentali del Trattato FUE in generale e il principio di non discriminazione in particolare** (sentenza del 14 luglio 2016, *Promoimpresa e a.*, C-458/14 e C-67/15, EU:C:2016:558, punto 64 nonché la giurisprudenza ivi citata).» [punti 30-32 della sentenza OL (Prorogation des concessions italiennes)].

Infine, la Corte sembra esaminare il profilo della esclusione delle proroghe delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali (oltre che delle concessioni di servizi di attività di scommesse) dal campo di applicazione anche delle norme primarie del TFUE, ai sensi degli artt.51 e 52 del TFUE: «48. Tale proroga delle concessioni nel settore dei giochi d'azzardo e dei diritti risultanti dalla regolarizzazione della situazione dei CTD e degli allibratori, la quale impedisca a questi ultimi, se stabiliti in un altro Stato membro, di offrire i propri servizi nello Stato membro in questione, anche per il tramite dei CTD, costituisce, secondo la giurisprudenza ricordata ai punti da 42 a 45 della presente sentenza, una restrizione delle libertà fondamentali sancite dagli articoli 49 e 56 TFUE. 49 Tuttavia, detta proroga può

essere ammessa sulla base delle deroghe espressamente previste dagli articoli 51 e 52 TFUE, oppure può essere giustificata, conformemente alla giurisprudenza della Corte, da motivi imperativi di interesse generale (v., in tal senso, sentenza del 13 settembre 2007, Commissione/Italia, C-260/04, EU:C:2007:508, punto 26).» [punti 48 e 49 della sentenza OL (Prorogation des concessions italiennes)].

In conclusione, la sentenza OL (Prorogation des concessions italiennes) della Corte sembra non solo anticipare la sentenza AGCM sulla proroga delle CDM, ma anche indicare ai giudici nazionali quegli ulteriori spazi interpretativi del diritto dell'Unione che consentono di ritenere non applicabile alla fattispecie delle concessioni deminiali marittime, lacuali e fluviali, come concessioni di beni e non di servizi, non solo dal campo di applicazione dell'art.12 della direttiva 2006/123/CE, ma anche dal diritto primario dei Trattati.

16. La sentenza AGCM della Corte di giustizia sulle concessioni demaniali marittime che forse entrano (ma forse no) nel campo di applicazione della Bolkestein

Alla luce delle articolate riflessioni che precedono e della lettura coordinata della pertinente giurisprudenza comunitaria citata nel presente scritto [sentenze Promoimpresa del 14.7.2016; Commissione contro Repubblica del 18.9.2019; Sisal del 2.9.2021, Sharengo del 10.11.22; CNAE e a. del 19.1.23; OL (Prorogation des concessions italiennes)], che hanno interpretato la direttiva 2006/123/CE e/o la direttiva 2014/23/UE e/o gli artt.49, 51 e 56 del TFUE, è possibile avere un quadro più completo su quali siano stati i percorsi interpretativi seguiti dalla III Sezione della Corte Ue nella sentenza **Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Commune de Ginosa) del 20.4.2023**, per comodità espositiva denominata sentenza AGCM, utilizzando lo stesso acronimo richiamato nella decisione dalla Corte comunitaria.

Preliminarmente, desta qualche perplessità la distonia tra il titolo del comunicato stampa n.61/23 del 20 aprile 2023 a cura della Cancelleria della Corte di giustizia e il contenuto della sentenza AGCM, come emerge dal titolo del comunicato: *«Le concessioni di occupazione delle spiagge italiane non possono essere rinnovate automaticamente ma devono essere oggetto di una procedura di selezione imparziale e trasparente».*

Tale titolo non corrisponde nè alle conclusioni nè alle argomentazioni utilizzate dalla Corte

di giustizia per corpo dell'importante decisione e il contenuto del comunicato stampa va a sottolineare in grassetto le parti della sentenza meno utili alla soluzione della questione, omettendo ogni evidenziazione stilistica ad uno dei due punti su cui si fonda l'esclusione dell'applicazione dell'art.12 della direttiva 2006/123/CE alle CDM («*In secondo luogo, il diritto dell'Unione non osta a che la scarsità delle risorse naturali e delle concessioni disponibili sia valutata combinando un approccio generale e astratto, a livello nazionale, e un approccio caso per caso, basato su un'analisi del territorio costiero del comune in questione*») e non menzionando l'altro, che riguarda proprio l'inapplicabilità *ratione temporis* della direttiva Bolkestein alle CDM assegnate prima del 28.12.2009 (sentenza AGCM, punto 73).

Insomma, l'erroneo comunicato stampa n.61/23 della Cancelleria della Corte di giustizia pare l'epilogo infelice della campagna di disinformazione mediatica che ha accompagnato, negli ultimi mesi prima della decisione della Corte, la domanda pregiudiziale del TAR Lecce, come se la risposta che avrebbe dato la CGUE nella sentenza AGCM resa pubblica in udienza soltanto il 20 aprile 2023 fosse già conosciuta nei suoi contenuti essenziali dagli esperti e dalle Istituzioni sovranazionali (Commissione europea) e nazionali (Consiglio di Stato), perchè avrebbe senz'altro confermato le aspettative di chi era certo che la emananda decisione avrebbe confermato la sentenza Promoimpresa.

Invece, per pervenire allo stesso risultato utile e alle stesse conclusioni che costituiscono il *leit motiv* di queste riflessioni, cioè che la direttiva 2006/123/CE non è (e non è stata mai) applicabile alla fattispecie delle concessioni balneari, che sono escluse sia dalla pertinente direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione sia dalle norme primarie dei Trattati per il combinato disposto degli artt.49, 51, 56, 195 e 345 del TFUE, è necessario partire, come al solito, dalla verifica della normativa dell'Unione ritenuta applicabile dalla Corte nella sentenza AGCM, soprattutto per quanto riguarda il **diritto Ue che non viene richiamato nella decisione.**

Partiamo dalle norme primarie dei Trattati.

Nella sentenza AGCM la Corte ai punti 3-5 individua come norme primarie da applicare alla fattispecie della causa pregiudiziale soltanto gli artt.47, 55 e 94 del TCE, che vengono trascritti, e non gli artt.49, 51, 56, 195 e 352 del TFUE, tutti citati nell'ordinanza di rinvio

del TAR Lecce, di cui non vi è traccia. Tale scelta omissiva è significativa, perchè propedeutica alla soluzione del primo quesito pregiudiziale sollevato dal giudice del rinvio sulla validità della direttiva 2006/123/CE, la cui soluzione fornita dalla Corte ai punti 50-59 della sentenza in commento va apprezzata alla luce del fatto che il Trattato per il funzionamento dell'Unione europea è entrato in vigore, unitamente al Trattato di Lisbona, il 1° dicembre 2009.

L'art.195 paragrafo 2 del TFUE, che esclude qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri per il settore Turismo, non trova corrispondente disciplina primaria nel TCE, così consentendo alla Corte di giustizia, *ratione temporis* rispetto al momento del completamento in data 12 dicembre 2006 della procedura ordinaria di approvazione della direttiva Bolkestein a maggioranza qualificata, di escludere anche l'applicabilità degli artt.195 e 352 del TFUE in combinato disposto (entrati in vigore, appunto, il 1.12.2009) e quindi la necessità di una votazione all'unanimità della direttiva di armonizzazione 2006/123/CE, nella parte in cui andava eventualmente ad incidere nel settore turistico-ricreativo in cui operano le concessioni demaniali marittime in un momento in cui non operava il divieto di direttive di armonizzazione nel settore del turismo, introdotto appunto dall'art.195 TFUE.

Per questo la Corte di giustizia nella sentenza AGCM ha potuto concludere al punto 59 che *«che dall'esame della prima questione non è emerso alcun elemento idoneo ad inficiare la validità della direttiva 2006/123 alla luce dell'articolo 94 CE»*.

Resta inteso che **questa risposta è sostenibile soltanto nella misura in cui la Corte nella sentenza AGCM arrivi alla sostanziale conclusione che l'art.12 della direttiva 2006/123/CE non può trovare alcuna applicazione pratica alle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per attività turistico-ricreative**, perchè altrimenti dovrebbe concludersi che, *ratione temporis* in relazione al momento in cui la proroga al 31 dicembre 2033 delle CDM viene esaminata dalla giurisprudenza comunitaria a decorrere dalla data di entrata in vigore del novello art.195 TFUE (1° dicembre 2009), l'applicazione della Bolkestein alle concessioni di servizi e di beni demaniali per attività turistico-ricreative si porrebbe comunque in contrasto sopravvenuto con gli artt.195 e 352 del TFUE.

Infatti, la prima questione sollevata dal TAR Lecce sulla validità della direttiva 2006/123/CE

viene trattata dalla Corte nella sentenza AGCM soltanto dopo aver risposto agli altri quesiti del giudice del rinvio, con soluzioni interpretative che consentono di ritenere inapplicabile l'art.12 paragrafi 1 e 2 della Bolkestein alle CDM.

Questa sofisticata e condivisibile scelta interpretativa della Corte parte anche dalla mancata trascrizione nella sentenza AGCM delle norme di diritto derivato dell'Unione, non citate dal giudice del rinvio, ma applicabili (anche per escludere l'applicazione del diritto primario e derivato Ue), come si è più volte anticipato e sottolineato, alle concessioni **demaniali** marittime, come i considerando n.14 e 15 [mentre, come si è visto, il considerando 15 della Bolkestein è trascritto sia nella sentenza Promoimpresa sia nella sentenza OL (Prorogation des concessions italiennes)] nonché gli artt.5, 8 e 10 della direttiva 2014/23/UE.

Tale tecnica omissiva nella rappresentazione della normativa delle direttive Ue applicabile trova corrispondenza e riscontro, ai fini dell'esclusione dell'applicazione dell'art.12 paragrafi 1 e 2 della direttiva 2006/123/CE alle CDM, nel momento in cui la Corte, seguendo il ragionamento del giudice del rinvio, limita la propria interpretazione escludendo ogni riflessione nella risposta al secondo e al quarto quesito rispetto al paragrafo 3 dell'art.12 della direttiva servizi (sentenza AGCM, punto 60), dal momento che i motivi imperativi di carattere generale ivi richiamati anche in riferimento alla deroga agli artt.49 e 56 del TFUE prevista dall'art.51 dello stesso Trattato [normativa primaria, non a caso, richiamata soltanto nella sentenza OL (Prorogation des concessions italiennes) in relazione ai motivi imperiosi di carattere generale che potrebbero giustificare in mancato ricorso alle gare in caso di proroga di concessioni di servizi da parte delle amministrazioni pubbliche aggiudicatarie] avrebbero costituito un'ulteriore profilo di complicazione nella riflessione della Corte ai fini dell'esclusione della direttiva 2006/123/CE.

Fatte queste premesse sul piano della (ri)costruzione della normativa Ue applicabile (o non applicabile, anche se ritenuta applicabile dal giudice del rinvio) alla fattispecie della causa pregiudiziale, la Corte, preliminarmente, respinge i dubbi di ricevibilità espressi dall'AGCM e dal Governo italiano, a seguito dell'abrogazione, da parte della legge sulla concorrenza n. 118/2022, delle disposizioni nazionali di proroga automatica delle concessioni: *«32 A tal riguardo, anche se dette disposizioni, in particolare quelle della legge n. 145/2018, sono state effettivamente abrogate dalla legge n. 118/2022, resta nondimeno il fatto che, quando il Comune di Ginosa ha adottato la delibera controversa, dette disposizioni erano in vigore*

e tale delibera è stata adottata sulla base delle disposizioni di cui trattasi. Peraltro, dalle informazioni di cui dispone la Corte non risulta che l'abrogazione delle disposizioni nazionali di proroga automatica delle concessioni abbia privato detta delibera dei suoi effetti.» (sentenza AGCM, punto 32). La ricevibilità della questione, dunque, sembrerebbe derivare dalle informazioni della Corte sul nuovo intervento legislativo introdotto dalla legge n.14/2023 di conversione del d.l. n.198/2022 e dalle conseguenti modifiche, descritte in premessa, degli artt.3 e 4 della legge n.118/2022, che vanno ad incidere sulla durata delle concessioni demaniali marittime in corso, che di fatto diventano a tempo indeterminato con il blocco definitivo delle procedure di gara.

A questo punto la Corte, sempre in via preliminare, ribadisce ai punti 37 e 38 che, come risulta da una giurisprudenza costante tra cui vengono richiamati i punti 59 e 61 della sentenza *Promoimpresa*, qualsiasi misura nazionale adottata in un settore che è stato oggetto di un'armonizzazione esaustiva o completa a livello dell'Unione deve essere valutata in rapporto non alle disposizioni del diritto primario, ma a quelle di tale misura di armonizzazione, precisando che gli articoli da 9 a 13 della direttiva 2006/123/CE provvedono a un'armonizzazione esaustiva concernente i servizi che rientrano nel loro campo di applicazione. Pertanto, secondo la Corte, le norme primarie del Trattato (gli artt.49, 51 e 56 del TFUE) non sono oggetto di delibazione nella sentenza comunitaria, in presenza di misure di armonizzazione.

Prima di rispondere al più importante dei quesiti proposti dal TAR Lecce (l'ottavo), la Corte fornisce una risposta al sesto quesito (e quindi al settimo quesito) sull'interesse transfrontaliero certo delle concessioni demaniali marittime, così **sconfessando la sentenza *Promoimpresa***, che sul punto aveva dichiarato irricevibile la **prima questione pregiudiziale del TAR Sardegna per mancata prova di un interesse transfrontaliero certo**.

Sostiene la Corte al punto 40 della sentenza AGCM di aver avuto modo di dichiarare più volte, in base a un'interpretazione letterale, storica, contestuale e teleologica della direttiva 2006/123/CE, che le disposizioni del capo III di quest'ultima, relativo alla libertà di stabilimento dei prestatori, le quali includono l'articolo 12 di tale direttiva, devono essere interpretate nel senso che esse si applicano, in particolare, a una situazione i cui elementi rilevanti si collocano tutti all'interno di un solo Stato membro, come nel caso dell'Italia, per

il cui pregevole e unico patrimonio nazionale costiero l'interesse transfrontaliero certo è *in re ipsa*.

A questo punto la Corte è pronta a dare la **doppia soluzione inaspettata**, per soddisfare due esigenze ed obiettivi apparentemente in contrasto tra di loro.

Da un lato, la Corte vuole salvaguardare la autorevolezza dei *dicta* delle decisioni del novembre 2021 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e la pretesa di applicazione diretta della direttiva Bolkestein anche nei confronti delle amministrazioni pubbliche oltre che dei giudici.

Dall'altro, la Corte vuole consolidare e rinforzare il dialogo e la cooperazione con il giudice nazionale del rinvio pregiudiziale e nella pretesa del primo di chiedere comunque lumi interpretativi sul diritto dell'Unione sull'art.12 paragrafi 1 e 2 della direttiva 2006/123/CE, ritenendo il TAR Lecce giustamente, come vedremo, che tale normativa Ue non potesse avere un'efficacia vincolante orizzontale diretta nei confronti dei privati concessionari balneari a fronte di condizioni di applicabilità della direttiva servizi che pretendevano specifici atti di recepimento da parte dell'ordinamento interno.

Questi due obiettivi apparentemente irrealizzabili nella loro contestualità sono stati invece abilmente raggiunti dalla Corte di giustizia, favorendo l'interpretazione dell'art.12 paragrafo 1 della direttiva 2006/123/CE in modo tale da pervenire al **risultato utile di rendere inapplicabile la direttiva servizi alle CDM in corso**, da un lato a) **per mancanza del presupposto fondamentale per l'applicazione della predetta normativa derivata che limita la durata delle autorizzazioni e impone la selezione nella scelta dei concessionari**; dall'altro, b) **escludendo l'applicabilità della Bolkestein alle concessioni demaniali marittime assegnate prima del 28 dicembre 2009**.

Sotto il primo e fondamentale profilo, ai punti 43-49 la Corte nella sentenza AGCM risponde alla **prima parte dell'ottavo quesito pregiudiziale**, con il quale il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 12 paragrafo 1 della direttiva 2006/123/CE debba essere interpretato nel senso che esso osta a che la scarsità delle risorse naturali e delle concessioni disponibili sia valutata combinando un approccio generale e astratto, a livello nazionale, e un approccio caso per caso, basato su un'analisi del territorio costiero del comune in questione, oppure se tale valutazione debba essere effettuata esclusivamente sulla

base dell'uno o dell'altro di detti approcci (sentenza AGCM, punto 43).

La Corte ammette, dando ragione sul punto alle sentenze dell'Adunanza plenaria che erano partite da questo presupposto interpretativo individuato dalla sentenza Promoimpresa al punto 43, che effettivamente la decisione del 2016 aveva ivi precisato che si doveva prendere in considerazione la circostanza che le concessioni di cui trattasi sono rilasciate a livello non nazionale bensì comunale, al fine di determinare se le aree demaniali che possono essere oggetto di sfruttamento economico fossero in numero limitato (sentenza AGCM, punto 44).

Tuttavia, secondo la Corte Ue nella sentenza AGCM tale precisazione contenuta nella sentenza Promoimpresa costituiva una mera indicazione rivolta al giudice del rinvio e si spiegava con il contesto della causa che ha dato luogo a detta sentenza (sentenza AGCM, punto 45). Infatti, alla luce del suo tenore letterale, l'articolo 12 paragrafo 1 della direttiva servizi conferisce agli Stati membri un certo margine di discrezionalità nella scelta dei criteri applicabili alla valutazione della scarsità delle risorse naturali. Tale margine di discrezionalità può condurli a preferire una valutazione generale e astratta, valida per tutto il territorio nazionale, ma anche, al contrario, a privilegiare un approccio caso per caso, che ponga l'accento sulla situazione esistente nel territorio costiero di un comune o dell'autorità amministrativa competente, o addirittura a combinare tali due approcci (sentenza AGCM, punto 46). In particolare, la combinazione di un approccio generale e astratto, a livello nazionale, e di un approccio caso per caso, basato su un'analisi del territorio costiero del comune in questione, risulta equilibrata e, pertanto, idonea a garantire il rispetto di obiettivi di sfruttamento economico delle coste che possono essere definiti a livello nazionale, assicurando al contempo l'appropriatezza dell'attuazione concreta di tali obiettivi nel territorio costiero di un comune (sentenza AGCM, punto 47). In ogni caso, è necessario che i criteri adottati da uno Stato membro per valutare la scarsità delle risorse naturali utilizzabili si basino su criteri obiettivi, non discriminatori, trasparenti e proporzionati (sentenza AGCM, punto 48).

Alla luce delle considerazioni che precedono, **la Corte nella sentenza AGCM ha risposto alla prima parte dell'ottava questione dichiarando che l'articolo 12 paragrafo 1 della direttiva 2006/123 deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che la scarsità delle risorse naturali e delle concessioni disponibili sia valutata combinando un**

approccio generale e astratto, a livello nazionale, e un approccio caso per caso, basato su un'analisi del territorio costiero del comune in questione (sentenza AGCM, punto 49 e conclusioni), **così smontando le fondamenta di tutta la costruzione interpretativa delle sentenze della Plenaria, costruite sull'erroneo** (per responsabilità imputabili alla Commissione europea e alla confusione interpretativa della sentenza Promoimpresa della Corte Ue) **presupposto del già avvenuto accertamento della scarsità della risorsa naturale, che invece spetta allo Stato membro effettuare, partendo dalla mappatura del demanio costiero a livello nazionale.**

Sotto un secondo profilo, dopo aver neutralizzato il presupposto stesso di applicazione dell'art.12 paragrafo 1 della direttiva Bolkestein mettendo in discussione la scarsità della risorsa naturale, la cui verifica è demandata allo Stato proprietario del demanio pubblico e quindi all'Esecutivo (non al Consiglio di Stato), la Corte Ue nella sentenza AGCM ai punti 61-74 risponde alla seconda e alla quarta questione dell'ordinanza di rinvio del TAR Lecce dichiarando che l'art.12 paragrafi 1 e 2 della direttiva 2006/123/UE deve essere interpretato nel senso che l'obbligo, per gli Stati membri, di applicare una procedura di selezione imparziale e trasparente tra i candidati potenziali, nonché il divieto di rinnovare automaticamente un'autorizzazione rilasciata per una determinata attività sono enunciati in modo incondizionato e sufficientemente preciso da poter essere considerati disposizioni produttive di effetti diretti (sentenza AGCM, punto 74 e conclusioni), anche se tale effetto diretto non ha nessuna valenza pratica perchè manca, appunto, il presupposto di applicazione dell'art.12 paragrafo 1 della direttiva servizi, la verifica della scarsità della risorsa naturale a livello nazionale, demandata al Governo proprietario del demanio: *«Nel caso di specie, risulta dallo stesso tenore letterale dell'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2006/123 che, qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali, gli Stati membri devono applicare una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento.»* (sentenza AGCM, punto 66).

Fatta questa precisazione, di nessuna pratica rilevanza ai fini della soluzione della causa pregiudiziale, la Corte precisa che *«occorre sottolineare che una sentenza pregiudiziale, come la sentenza del 14 luglio 2016, Promoimpresa e a. (C-458/14 e C-67/15,*

EU:C:2016:558), chiarisce e precisa, quando ve ne sia bisogno, il significato e la portata della norma stabilita da detta disposizione della direttiva 2006/123, quale deve o avrebbe dovuto essere intesa e applicata dal momento della sua entrata in vigore, ossia, conformemente all'articolo 44 di tale direttiva, a decorrere dal 28 dicembre 2009. Ne consegue che detta norma così interpretata deve essere applicata dal giudice anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima di tale sentenza» (sentenza AGCM, punto 73).

In buona sostanza, anche su questo punto **la Corte nella sentenza del 20.4.2023 corregge** (in realtà demolisce) **la sentenza Promoimpresa del 14.7.2016, nella parte in cui ha preteso di chiarire il significato e la portata dell'art.12 paragrafi 1 e 2 della direttiva 2006/123/CE rispetto a rapporti giuridici dei concessionari demaniali marittimi e lacuali iniziati prima del 28 dicembre 2009 e che, quindi, erano al di fuori del campo di applicazione della direttiva servizi, con conseguente irricevibilità (erroneamente non dichiarata dalla Corte nella sentenza Promoimpresa, ignorando il disposto dell'art.44 della direttiva Bolkestein) delle questioni sollevate nei giudizi riuniti C-458/14 Promoimpresa e C-67/15 Melis e a.**

Alla luce delle considerazioni che precedono e della complessa motivazione della sentenza AGCM, è scontato che la Corte Ue nella decisione in commento risolva con estrema facilità e coerenza la quinta questione e la seconda parte dell'ottava questione dell'ordinanza di rinvio del TAR Lecce, dichiarando che l'art.288 terzo comma TFUE deve essere interpretato nel senso che la valutazione dell'effetto diretto connesso all'obbligo e al divieto previsti dall'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE e l'obbligo di disapplicare le disposizioni nazionali contrarie incombono ai giudici nazionali e alle autorità amministrative, comprese quelle comunali (sentenza AGCM, punto 79 e conclusioni).

Infine, appare scontata la declaratoria di irricevibilità della nona questione proposta dal giudice del rinvio, che aveva chiesto, in sostanza, se l'art.12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123 debba essere interpretato nel senso che l'effetto diretto di cui gode tale disposizione comporta la disapplicazione di una normativa nazionale di cui all'art. 49 cod.nav., in forza della quale, alla scadenza di una concessione, tutte le opere inamovibili costruite dal concessionario sul terreno affidatogli in concessione restano acquisite al concedente, senza alcun compenso o rimborso e se la disapplicazione di tale normativa sia compatibile con l'art.17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (sentenza AGCM,

punti 80-84).

In particolare, la Corte chiarisce che *«la controversia di cui trattasi nel procedimento principale riguarda la proroga delle concessioni e non già la questione del diritto, in capo a un concessionario, di ottenere, alla scadenza della concessione, un qualsivoglia compenso per le opere inamovibili che esso abbia costruito sul terreno affidatogli in concessione. Pertanto, non avendo il giudice del rinvio esposto gli elementi di fatto e di diritto che caratterizzano la situazione di cui trattasi nel procedimento principale, la Corte si trova nell'impossibilità di fornire una risposta utile alla nona questione.»* (sentenza AGCM, punto 83).

Pare evidente, in realtà, che l'aver chiarito la mancanza dei presupposti fattuali e giuridici di applicazione della direttiva 2006/123/CE ai rapporti giuridici dei concessionari balneari del procedimento principale (perchè sorti prima del 28.12.2009 e per mancanza della verifica del presupposto della scarsità della risorsa naturale sul piano nazionale), rendesse effettivamente ipotetica la nona questione sollevata dal TAR Lecce.

Viceversa, appare ricevibile la questione pregiudiziale sollevata dal Consiglio di Stato con l'ordinanza del 15.9.2022 n.8010 nella causa C-598/22 Società Italiana Imprese Balneari, tuttora pendente in Corte di giustizia, in parte simile alla nona questione del TAR Lecce, dichiarata invece, come detto, irricevibile: *«Se gli artt. 49 e 56 TFUE ed i principi desumibili dalla sentenza Laezza (C-375/14) ove ritenuti applicabili, ostino all'interpretazione di una disposizione nazionale quale l'art. 49 cod. nav. nel senso di determinare la cessione a titolo non oneroso e senza indennizzo da parte del concessionario alla scadenza della concessione quando questa venga rinnovata, senza soluzione di continuità, pure in forza di un nuovo provvedimento, delle opere edilizie realizzate sull'area demaniale facenti parte del complesso di beni organizzati per l'esercizio dell'impresa balneare, potendo configurare tale effetto di immediato incameramento una restrizione eccedente quanto necessario al conseguimento dell'obiettivo effettivamente perseguito dal legislatore nazionale e dunque sproporzionato allo scopo».*

La questione affrontata dal Consiglio di Stato nell'ordinanza pregiudiziale n.8010/2022 riguarda infatti soltanto l'applicazione ai manufatti presenti nell'area in concessione demaniale marittima dell'art. 49 cod.nav., al fine di accertate l'avvenuta acquisizione degli

stessi da parte del demanio, alla scadenza della concessione, ancorché rinnovata, con conseguente applicazione del canone maggiorato, di cui all'art. 1, comma 251, della legge 27.12.2006, n. 296 alle opere edilizie interessate, in quanto da considerare quali pertinenze demaniali.

Secondo l'art. 49 cod.nav., «*Salvo che sia diversamente stabilito nell'atto di concessione, quando venga a cessare la concessione, le opere non amovibili, costruite sulla zona demaniale, restano acquisite allo Stato, senza alcun compenso o rimborso, salva la facoltà dell'autorità concedente di ordinarne la demolizione, con restituzione del bene demaniale al pristino stato*»: tale disposizione è stata interpretata dalla giurisprudenza amministrativa maggioritaria (a parere di chi scrive non condivisibilmente) nel senso che l'acquisto si verifica *ipso iure*, al termine del periodo di concessione e va applicata anche in caso di rinnovo della concessione stessa, implicando il rinnovo – a differenza della proroga - una nuova concessione in senso proprio, dopo l'estinzione della concessione precedente alla relativa scadenza, con automatica produzione degli effetti di cui al predetto art. 49 cod. nav. (cfr. Cons. Stato n. 626/2013 e n. 6852/2018).

Pertanto, sotto questo profilo (si tratta di un rinnovo di concessione e non di una proroga) il Consiglio di Stato nell'ordinanza di rinvio ha chiarito le condizioni di ricevibilità della questione pregiudiziale sottoposta all'attenzione della Corte di giustizia.

17. Considerazioni finali

A questo punto, si impongono brevi considerazioni finali di questa eccezionale e per molti versi incredibile grande vicenda giudiziaria e istituzionale, che si è mossa su complessi percorsi sovranazionali e nazionali, trovando un esito si spera definitivo nella sentenza AGCM del 20.4.2023 della Corte Ue, che però è già sottoposta a contrastanti interpretazioni, anche se appare chiaro anche alla più autorevole dottrina amministrativa³⁵, che ha già evidenziato che l'interpretazione del diritto dell'Unione nella recentissima sentenza della Corte di giustizia si pone in distonia con le indicazioni ermeneutiche e normopoietiche

³⁵ Si fa riferimento all'autorevole commento della sentenza AGCM della Corte Ue da parte del Presidente aggiunto del CdS, dott. C. Volpe, *Concessioni demaniali marittime: un'ulteriore puntata di una storia infinita*, 26 aprile 2023, su www.giustizia-amministrativa.it, cit.

delle sentenze del novembre 2021 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, che andranno pertanto riviste e superate dal massimo Organo della giurisdizione amministrativa, evitando, ove possibile, l'inevitabile annullamento per eccesso di giurisdizione da parte della Cassazione a Sezioni unite.

La vera e unica tra le Istituzioni sovranazionali e nazionali che risulta essere stata clamorosamente sconfitta, alla luce del descritto esito giudiziale davanti alla Corte comunitaria, appare la Commissione europea, che ha manifestato comportamenti contraddittori, eccessivi, discriminatori tra le stesse situazioni di utilizzazione del demanio marittimo nei vari Stati membri, con forzature inspiegabili e inquietanti sul piano della comunicazione, come il preannunciato (poi scomparso) parere motivato sulla questione dei balneari da notificare allo Stato italiano il 19 aprile 2023, il giorno prima della pubblicazione della sentenza AGCM della Corte Ue.

La mancanza di trasparenza amministrativa dell'Esecutivo Ue nell'ambito dei procedimenti previsti dall'art.258 TFUE anche dopo l'adozione del parere motivato e l'eccessiva e quasi assoluta discrezionalità riconosciuta dalla Corte di giustizia alla Commissione europea nell'attivare o non attivare le procedure di infrazione anche in caso di gravi inadempimenti degli Stati membri al diritto dell'Unione costituiscono elementi negativi strutturali dell'azione dell'Istituzione comunitaria, in guisa tale da inficiarne troppo spesso la coerenza, l'efficacia e la credibilità.

L'azione correttiva del Parlamento europeo di questa pessima prassi della Commissione, attraverso il ricorso per carenza alla Corte di giustizia promosso, ad esempio, dalla Presidenza del compianto David Sassoli per la mancata attivazione della procedura dell'art.258 TFUE a causa della violazione dello Stato di diritto da parte della Polonia, andrebbe implementata.

I veri vincitori, a parte i concessionari demaniali marittimi, lacuali e fluviali i cui diritti alla continuità dell'utilizzazione dei contratti in corso appaiono riconosciuti dal legislatore nazionale a tempo indeterminato, sono il giudice del rinvio pregiudiziale, **il TAR Lecce** del Presidente Pasca, **e la Corte di giustizia Ue** con la sentenza del 20.4.2023, che confermano che il dialogo tra giudice nazionale e Corte sovranazionale costituisce ancora la base strutturale del sistema di tutela eurounitario dei diritti fondamentali, nel 60° anno dalla

pubblicazione della sentenza **Van Gend & Loos**³⁶.

Dopo la sentenza AGCM il Consiglio di Stato non esce ridimensionato come Giudice amministrativo di ultima istanza, in considerazione dei gravissimi errori commessi dalla Commissione europea già nel 2008 nella promozione di una strumentale procedura di infrazione per inadempimento ad una direttiva, come quella servizi 2006/123/CE, che sarebbe entrata in vigore soltanto con lo spirare del termine di recepimento della direttiva Bolkestein fissato al 28.12.2009, in un momento storico in cui dal 1.12.2009 l'art.195 del TFUE vietava (e vieta) l'applicazione di direttive di armonizzazione al settore del turismo. Del resto, anche la Corte costituzionale aveva riconosciuto l'autorità della Commissione Ue come garante della corretta applicazione dei Trattati, richiamando la procedura di infrazione 2008/4908 nei confronti dell'Italia sulle CDM.

Inoltre, con i suoi incomprensibili errori interpretativi aggravati dalla contraddizione interna della motivazione, la stessa sentenza Promoimpresa della Corte di giustizia costituisce un'esimente al comportamento, altrimenti inaccettabile, dell'Adunanza plenaria del CdS.

Senza dubbio è stato un errore quello della mancata rimessione della questione alla Corte Ue in violazione dell'obbligo del rinvio pregiudiziale previsto dall'art.267 paragrafo 3 TFUE, forse condizionato dal caso Randstad Italia e dalla non condivisa dallo scrivente³⁷ ordinanza di rinvio pregiudiziale della Cassazione a Sezioni unite, in cui sottolineavo che, proprio in materia di precariato pubblico, anche la Suprema Corte di Cassazione, come Giudice di ultima istanza nella giurisdizione ordinaria, si sia più volte rifiutata e continui a rifiutarsi ingiustificatamente, come dimostra il recentissimo parere motivato della Commissione europea del 19 aprile 2023 nell'ambito della procedura di infrazione 2014/4231 sull'abusivo ricorso ai contratti di lavoro a tempo determinato nel settore pubblico anche per quanto riguarda i «*lavoratori del settore dell'alta formazione artistica, musicale e coreutica e del settore operistico*».

Infatti, la recente sentenza delle Sezioni unite della Cassazione del 22 febbraio 2023 n.5542, francamente incomprensibile alla luce dei precedenti della Cassazione³⁸, della Corte

³⁶ Corte di giustizia CE, sentenza 5 febbraio 1963, causa C-26/62 Van Gend & Loos, EU:C:1963:1.

³⁷ Cfr. V. De Michele, *E' la Cassazione il Giudice di ultima istanza nel caso di manifesta violazione del diritto dell'Unione? La pregiudiziale Ue delle Sezioni unite contro il giudicato del Consiglio di Stato*, su www.europeanrights.eu, 1° marzo 2021, cit.

³⁸ Cfr. Cassazione, S.L., sentenze n. 208/2017; n. 18512/2016; n. 17064/2015; n.10924/2014; n. 10217/2014;

costituzionale³⁹ e della Corte di giustizia⁴⁰ nella direzione del riconoscimento del diritto dei «*lavoratori del settore dell'alta formazione artistica, musicale e coreutica e del settore operistico*» alla conversione a tempo indeterminato in caso di abusivo ricorso ai contratti a termine, «*contravviene al diritto dell'Unione*» ed è stata probabilmente l'occasione per la Commissione Ue per completare la prima fase della procedura di infrazione in questione, prima del ricorso per inadempimento alla Corte di giustizia dell'Unione, dopo tanti anni di attesa che sembrava non dover essere mai soddisfatta.

Alla luce del caso dei balneari, il ruolo del Giudice di ultima istanza italiano, Cassazione o Consiglio di Stato, va dunque implementato nel dialogo con la Corte comunitaria e non può essere utilizzato, negando il dialogo con la Corte di giustizia in violazione dell'art.267 paragrafo 3 del TFUE, come soluzione finale per il ridimensionamento (qualche volta sconcertante) della tutela dei diritti fondamentali garantiti dal diritto dell'Unione con la scusa di una capacità degli organi di ultimo grado della giustizia ordinaria e di quella amministrativa di interpretare meglio, quasi in via esclusiva, la pregressa giurisprudenza comunitaria.

Come è successo nella recente vicenda della **qualificazione di lavoratore** (subordinato) della **magistratura onoraria** secondo il **diritto dell'Unione**, nell'equiparazione funzionale alle condizioni di lavoro della magistratura professionale, condizione affermata da ben due sentenze della Corte di giustizia Ue del 16 luglio 2020⁴¹ e del 7 aprile 2022⁴², come recepite

n.10124/2014; n.10123/2014; n.10122/2014; n. 7243/2014; n. 6547/2014; n. 5749/2014; n. 5748/2014; n. 18263/2013; n. 11573/2013; n. 247/2011.

³⁹ Corte costituzionale, sentenza 11 dicembre 2015, n.260; su cui cfr. V. De Michele, *Le ragioni oggettive "retroattive" del contratto a termine nella sentenza n. 260/2015 della Corte costituzionale*, in *Lav.giur.*, 2016, n.2, 151 ss.; L. Menghini, *Fondazioni lirico sinfoniche e contratti di lavoro a termine: dalla Corte costituzionale soluzioni specifiche nette e rilevanti indicazioni di carattere generale*, su *Riv. giur. lav.*, 2016, 356 ss.; A.M. Perrino, *Nota a Corte cost., sent. n. 260/2015*, in *Foro it.*, 2016, n.1, I, p.1; C. de Martino, *La Corte costituzionale sull'acausalità del contratto a termine: lo strano caso delle fondazioni lirico-sinfoniche*, su *Var. temi dir.lav.*, 2016, 3, pp.599-618.

⁴⁰ Corte di giustizia Ue, sentenza 25 ottobre 2018, causa C-331/17, *Sciotto contro Fondazione Teatro dell'Opera di Roma*, EU:C:2018:859, su cui cfr. V. De Michele, *La sentenza Sciotto della Cgue e la conversione a tempo indeterminato nel pubblico impiego nel dialogo con la Consulta*, su www.europeanrights.eu, 14.11.2018.

⁴¹ Corte di giustizia Ue, sentenza 16 luglio 2020, causa C-658/18 UX (*Statut des juges de paix italiens*) c. Presidenza Consiglio dei Ministri, EU:C:2020:572, su cui cfr. V. De Michele, *La sentenza della Corte di giustizia sui magistrati onorari italiani*, su www.europeanrights.eu, 15.9.2020.

⁴² Corte di giustizia Ue, sentenza 7 aprile 2022, causa C-236/20 PG c. Ministero della giustizia e a., EU:C:2022:263, su cui cfr. V. De Michele, *La seconda sentenza della Corte di giustizia sulla magistratura onoraria*, su www.europeanrights.eu, 15.5.2022.

e interpretate dalla Commissione europea rispettivamente nella lettera di messa in mora del 15.7.2021 e nella lettera di messa in mora complementare del 15.7.2022.

Non è confortante che grandi meriti alla sensibilizzazione dell'opinione pubblica e delle Istituzioni nazionali in direzione di una definitiva soluzione politico-legislativa della complessa questione l'abbiano avuto e l'avranno le due inchieste della televisione pubblica di **Report**⁴³, la prima precedente e la seconda successiva ai descritti interventi della Corte Ue e della Commissione europea.

In particolare, la Commissione Ue il 25.5.2023 dovrà rispondere nuovamente del suo operato davanti alla Commissione PETI del Parlamento Ue a causa delle stesse petizioni dei magistrati onorari che hanno provocato la Risoluzione del 31 maggio 2018 del Parlamento europeo contro la precarietà dei rapporti di lavoro, che a sua volta ha costretto la Commissione europea ad adottare il parere motivato del 19.4.2023 sull'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato nel pubblico impiego da parte dello Stato italiano. I magistrati onorari *petitioners* solleciteranno l'adozione senza indugi dello specifico parere motivato sul loro stato giuridico, dopo le soluzioni interpretative della Cassazione e del Consiglio di Stato, che si rifiutano di applicare il diritto eurounitario *in subiecta materia*.

Infatti, *in idem sentire* il **Consiglio di Stato**⁴⁴ e la **Suprema Corte di Cassazione**⁴⁵ hanno continuato sulla linea interpretativa già adottata, non coerente e in contrasto con il diritto dell'Unione e la Costituzione nazionale, secondo cui il giudice onorario di pace non è un lavoratore né subordinato né parasubordinato né autonomo, ma un "volontario", senza diritti e senza tutele, equivocando e violando le citate sentenze UX del 16.7.2022 e PG del 7.4.2022 della Corte di giustizia, ignorando le citate lettere di messa in mora del 15.7.2021 e di messa in mora complementare del 15.7.2022 della Commissione Ue nella procedura di infrazione 2016/4081, travisando la sentenza n.267/2020 della Corte costituzionale.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha preteso, con molte giustificazioni rispetto alle

⁴³ La prima inchiesta di Report sulla situazione della magistratura onoraria è stata pubblicata il 19.3.2018 con il titolo «Ingiustizia», a cura di Bernardo Iovene, che ha curato anche la seconda inchiesta pubblicata il 15.5.2023 con il titolo «Le condizioni di lavoro dei magistrati onorari, il paradosso della riforma Cartabia».

⁴⁴ Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 4.2.2021 n.1062; sez. V, sentenze del 26.11.2020 nn. 7762, 7763, 7764, 7766 e 7771; sez. V, sentenza n. 7763/2020 del 26.11.2020; sez. VII, ordinanze del 20.4.2022 nn.3173 e 3174; sez. VII, ordinanza n. 3015/2022 del 30.6.2022; sez. VII, ordinanza n. 4360/2022 del 2.9.2022.

⁴⁵ Cass., Sez.lav., Pres. Manna, ordinanze 3 maggio 2022 n.13793 e del 14 luglio 2023 n.10080; I Sezione, ordinanze del 25 gennaio 2022 n.2131 e del 10 febbraio 2022 n.4386.

sollecitazioni che provenivano dalla Commissione Ue e dalla stessa Corte di giustizia, di applicare in via diretta l'art.12 paragrafo 1 della direttiva Bolkestein alle concessioni balneari, comunque manifestando un atteggiamento di leale cooperazione con le Istituzioni comunitarie, salvo il rifiuto del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ai sensi dell'art.267 paragrafo 3 del TFUE come Giudice di ultima istanza, sul presupposto che la sentenza Promoimpresa della Corte di Lussemburgo rappresentasse *acte clair* in *subiecta materia*.

Proprio alla luce di questo comportamento comunque virtuoso del Giudice amministrativo di ultima istanza sulla proroga delle concessioni balneari (peraltro avallato dal Governo Draghi con la legge di concorrenza n.118/2022), è inspiegabile il rifiuto della Cassazione e del Consiglio di Stato di applicare le sentenze della Corte di giustizia e l'interpretazione che di esse ha fornito la Commissione europea nelle due lettere di messa in mora del 15.7.2021 e del 15.7.2022 sullo stato giuridico della magistratura onoraria e tale atteggiamento di grave miopia istituzionale è foriero di provocare il parere motivato della Commissione Ue, che si attende come imminente dopo il parere motivato del 19.4.2023 nella procedura di infrazione 2014/4231 sui contratti di lavoro a tempo determinato nel settore pubblico italiano, anche alla luce di ben cinque cause pregiudiziali⁴⁶ ancora pendenti in Corte di giustizia, di cui una proposta dallo stesso Consiglio di Stato⁴⁷.

Il Tribunale di Napoli in più occasioni sul precariato pubblico⁴⁸, il TAR Emilia Romagna – sede di Bologna sullo stato giuridico della magistratura onoraria⁴⁹, il TAR Puglia – sede di

⁴⁶ Le questioni pregiudiziali attualmente pendenti in Corte di giustizia sullo stato giuridico della magistratura onoraria sono le seguenti: ordinanza del Giudice di pace di Rimini nella causa C-190/22; 43. ordinanza del Giudice di pace di Fondi nella causa C-548/22; 44. ordinanza del Giudice di pace di Arcidosso nella causa C-748/22; seconda ordinanza del Giudice di pace di Bologna nella causa C-163/23; ordinanza n.906/2023 del 26.1.2023 del Consiglio di Stato nella causa C-41/2023.

⁴⁷ Consiglio di Stato, VII Sezione, Pres. Giovanardi, ordinanza n.906/2023 del 26.1.2023 nella causa C-41/2023, cit., sullo stato giuridico dei giudici onorari di tribunale e dei vice procuratori onorari.

⁴⁸ Est. P. Coppola. L'attuale Presidente della Sezione lavoro del Tribunale di Napoli è stato il protagonista unico di fondamentali rinvii pregiudiziali in materia di precariato pubblico, risolti dalla Corte di giustizia con le seguenti importanti decisioni: sentenza del 13 gennaio 2022 nella causa C-282/19 MIUR e Ufficio Scolastico regionale per la Campania (EU:C:2022:3) sugli insegnanti precari di religione cattolica; sentenza 26 novembre 2014, cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13 e C-418/13, *Mascolo, Forni, Racca, Napolitano* ed altri contro *Miur*, nonché C-63/13 *Russo* contro *Comune di Napoli*, con l'intervento di Cgil, Flc-Cgil e Gilda-Unams nella causa *Racca* C-62/13, EU:C:2014:2124, sul precariato scolastico e su quello degli enti locali.

⁴⁹ Il TAR Emilia Romagna – sede di Bologna ha proposto la questione pregiudiziale sullo stato giuridico della magistratura onoraria, risolta dalla Corte di giustizia con la sentenza del 7 aprile 2022, causa C-236/20 PG c. Ministero della giustizia e a., EU:C:2022:263.

Lecce sulle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative⁵⁰ hanno proposto importanti questioni interpretative di diritto dell'Unione che erano in contrasto con la posizione ermeneutica assunta dai Giudici di ultima istanza della giurisdizione ordinaria o di quella amministrativa. Nel dialogo con la Corte di giustizia questi giudici di primo grado, veri giudici europei, hanno inciso sulla giurisprudenza nazionale e sull'ordinamento interno, modificando le regole sostanziali nazionali per la maggior tutela dei diritti fondamentali garantiti dall'Ue e dalla Costituzione italiana.

Le Corti superiori hanno il compito di rafforzare, non di ostacolare, le decisioni del giudice ordinario di merito o amministrativo di primo grado che si propongono di applicare correttamente il diritto dell'Unione, nella consapevolezza del carattere unitario e non verticistico della giurisdizione nazionale e nel solco delle recenti indicazioni della Corte costituzionale⁵¹ sui criteri di applicazione del diritto comunitario, come interpretato dalla Corte di giustizia, nell'ordinamento interno attraverso il corretto esercizio della funzione giurisdizionale nel complesso sistema delle fonti di diritto che, *in subiecta materia*, si è cercato faticosamente di rappresentare.

⁵⁰ Il TAR Puglia – sede di Lecce ha proposto la questione pregiudiziale sullo stato giuridico della magistratura onoraria, risolta dalla Corte di giustizia con la commentata sentenza del 20 aprile 2023, causa C-348/22, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ECLI:EU:C:2023:301.

⁵¹ Su cui cfr. V. De Michele, *La seconda sentenza della Corte di giustizia sulla magistratura onoraria*, su www.europeanrights.eu, 15.5.2022, cit.; *Le sentenze “costituzionali” della Corte Ue sulla compatibilità con i Trattati delle misure di condizionalità della Commissione europea in caso di violazione dello Stato di diritto*, www.europeanrights.eu, 15.3.2022.