



3 MAGGIO 2023

La disciplina delle concessioni balneari e l'evaporazione del diritto liquido

di Manfredi Matassa

Dottorando di ricerca in Diritti umani
Università degli Studi di Palermo

La disciplina delle concessioni balneari e l'evaporazione del diritto liquido*

di **Manfredi Matassa**

Dottorando di ricerca in Diritti umani
Università degli Studi di Palermo

Abstract [It]: Nel contributo si riconsidera il complesso scenario creatosi a seguito degli ultimi sviluppi in materia di rinnovo delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative. Sintetizzati degli eventi più significativi che hanno interessato il settore, si riflette sul futuro della disciplina delle concessioni balneari alla luce dello scontro frontale tra gli obiettivi perseguiti dal legislatore nazionale e gli obblighi pro-concorrenziali di matrice europea promossi dalla giurisprudenza amministrativa.

Title: The regulation of beach concessions and the evaporation of liquid law

Abstract [En]: This contribution aims to provide some considerations on the complex scenario created as a result of the latest developments in the field of maritime state concessions for tourist-recreational purposes. After a summary of the most significant events affecting the sector, the article intends to reflect on the future of the regulation of bathing concessions in the light of the frontal clash between the aims pursued by the national legislator and the pro-competitive obligations deriving from the Bolkestein Directive.

Parole chiave: Concessioni balneari; direttiva Bolkestein; stabilimenti balneari; giurisprudenza creativa; *prospective overruling*

Keywords: beach concessions; Bolkestein directive; bathing establishments; creative role of administrative judges; prospective overruling

Sommario: 1. Premessa. 2. Quasi vent'anni di (mancata) regolazione delle concessioni balneari. 3. Le soluzioni elaborate dall'Adunanza Plenaria. 4. (*Segue*): la nomopoiesi giudiziaria come 'ultima spiaggia'. 5. Il cambio di strategia del legislatore attendista. 6. Verso un'ulteriore proroga nel segno di 'Achille e la tartaruga'.

1. Premessa

Il concetto di 'diritto liquido' è stato recentemente impiegato per fare riferimento a quel corpo di regole 'leggere e fluide', spesso frutto di interventi marcatamente creativi della giurisprudenza, volte a sopperire all'incapacità del legislatore contemporaneo di reggere la pressione degli interessi sociali articolati¹. Al di là del fascino terminologico derivante dall'esplicito richiamo alle teorie baumaniane, tale idea non

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Per un approfondimento in chiave filosofico-giuridica del fenomeno si rinvia a M.A. QUIROZ VITALE, *Il diritto liquido. Decisioni giuridiche tra regole e discrezionalità*, Giuffrè, Milano, 2012; G. MESSINA, *Diritto liquido? La governance come nuovo paradigma della politica e del diritto*, Franco Angeli, Milano, 2012. Per un'analisi generale si rimanda a F. DI CIOMMO, O. TROIANO (a cura di), *Giurisprudenza e autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido. Studi in onore di Roberto Pardolesi*, La Tribuna, Piacenza, 2018 e a G. SEVERINI, *La sicurezza giuridica e le nuove implicazioni della nomofilachia*, in *federalismi.it*, n. 19, 2018, p. 40, il quale inserisce il 'diritto liquido' in un «contesto dove le regole non riescono a tenere la loro condizione, perdono di imperatività e coattività sotto la pressione dei corpi politici e soprattutto degli interessi sociali articolati, per essere sostituite da una normatività 'leggera e fluida'».

rappresenta altro che un riferimento alle ben note (e spesso criticate²) ricostruzioni postmoderne che individuano nel «ribaltamento in sopra-ordinazione della subordinazione dei giudici alla legge»³ l'unica soluzione possibile per rimediare alla cattiva qualità dell'intervento legislativo⁴.

A differenza di quanto avvenuto nell'ambito privatistico, nel quale il tema è stato oggetto di un dibattito intenso e decisamente polarizzato, l'idea di un 'diritto liquido' inteso come nuova chiamata alla creatività della giurisprudenza non ha avuto particolare seguito nel dibattito giuspubblicistico. L'idea che un giudice possa creare regole (e non interpretarle o adattarle) per colmare lacune di tutela verso il cittadino non rappresenta di certo una novità per lo studioso del diritto pubblico. Consapevole dell'origine pretoria di una parte significativa degli istituti sostanziali e processuali di diritto amministrativo⁵, infatti, quest'ultimo tende a considerare con generale prudenza il ricorso alla creazione giurisprudenziale di regole.

In altri termini, il dibattito sulla fluidità giuridica descritta nelle ricostruzioni post-moderne non sembra aver innovato un settore dell'ordinamento, come quello del diritto amministrativo, ritenuto fin dalla sua origine «consacrato in norme, ma non ordinato dal legislatore»⁶. Tuttavia, negli anni più recenti anche l'estrema plasticità del diritto amministrativo sembra essersi avvicinata a un punto di rottura in funzione della 'crisi del circolo' tra decisione, giudizio e applicazione della legge⁷, frutto non solo della profonda crisi dello strumento legislativo⁸, ma anche della sempre più frequente insorgenza di fratture tra norme nazionali e sovranazionali. Come è noto, in tale contesto il giudice amministrativo non è stato chiamato a esercitare il suo potere nomofilattico solo per ricercare rimedi volti a garantire l'accesso a forme di tutela sostanziale al cittadino, ma ha agito attraverso una rinnovata veste di 'mediatore' posta a garanzia dell'ordine sociale.

² Su tutti, S. MAZZAMUTO, *Il diritto post-moderno: un concetto inutile o addirittura dannoso?*, in *Europa dir. priv.*, n. 3, 2018, pp. 845-863.

³ L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione Giustizia*, n. 4, 2016, pp. 13-36.

⁴ Sull'origine del concetto di post-modernismo giuridico e sul significato acquisito da esso acquisito nella letteratura giuridica italiana si rimanda a C. SALVI, *Diritto postmoderno o regressione premoderna*, in *Europa dir. priv.*, n. 3, 2018, pp. 865-882; M. LAMICELA, *Il dibattito italiano sulla postmodernità giuridica: qualche considerazione sulla 'creazione' della regola giuridica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2, 2022, pp. 217-250.

⁵ Si può fare riferimento, ad esempio, alla disciplina dell'ottemperanza delle decisioni del giudice amministrativo ricavata interamente dal Consiglio di Stato da una lettura creativa delle sentenze del giudice ordinario o a quella del silenzio dell'amministrazione ricavata o, ancora, alla disciplina del silenzio dell'amministrazione 'artificialmente' creata in via pretoria sulla base del disposto dell'art. 5, r.d. 3 marzo 1984, n. 383. Per uno studio più approfondito sulle matrici pretorie del diritto amministrativo si veda, tra la letteratura più recente, N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001.

⁶ S. CASSESE, *Lo stato presente del diritto amministrativo italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2, 2010, p. 389.

⁷ Si fa riferimento alla «crisi del circolo» descritta da N. IRTI, *La crisi del circolo*, X, Prefazione a ID., *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016.

⁸ Tra i principali contributi si segnalano C. MEOLI, *Il declino della legge statale – Libro dell'anno del Diritto*, Treccani, Roma, 2013; G. STELLA, *Crisi della legge e potere del giudice*, Sesto San Giovanni, Mimesis, 2020; L. NIVARRA, *Dalla «crisi» all'«eclissi», ovvero da un paradigma all'altro*, in *Eur dir. priv.*, n. 3, 2017, pp. 802-846

Il presente contributo non ambisce ad arricchire il dibattito sulla diretta proporzionalità tra crisi della legge e giustificabilità del compito di stabilizzazione affidato al giudice⁹, ma intende fornire alcune considerazioni sull'inedito scenario venutosi a creare a seguito degli ultimi sviluppi in materia di rinnovo delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative. Nel caso in esame, infatti, con le sentenze nn. 17 e 18 del 2021 l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato¹⁰ è intervenuta non per porre rimedio a un'inerzia del legislatore, quanto piuttosto per arrestare una meticolosa e ben programmata strategia legislativa volta a rimandare quanto più possibile in là nel tempo la concreta applicazione degli obblighi pro-concorrenziali di matrice europea. Segnatamente, come si avrà modo di approfondire nelle pagine che seguono, il Consiglio di Stato ha ideato un nuovo regime giuridico delle concessioni balneari (immaginando anche un termine futuro entro cui applicarlo) non per far fronte all'incapacità del legislatore di affrontare un argomento di elevata complessità, ma per impedire a quest'ultimo di perseguire ulteriormente politiche incompatibili con i principi euro-unitari.

Tuttavia, quel corpo di regole 'leggere e fluide' (ma al contempo precise e vincolanti, come la previsione della scadenza delle concessioni in essere fino al 31 dicembre 2023) elaborate dall'Adunanza Plenaria con l'intento di «evitare il significativo impatto economico e sociale» derivante dall'immediata applicazione dei principi espressi in sentenza, sono state disattese dal legislatore attraverso una ulteriore proroga al 31 dicembre 2024 contenuta nella recente l. 24 febbraio 2023, n. 14¹¹. Allo stato attuale, pertanto, le pubbliche amministrazioni chiamate alla gestione di questi beni demaniali da un lato sono chiamate a prendere atto di una proroga generalizzata disposta con una legge-provvedimento (dal termine questa

⁹ Per un approfondimento sul giudice-legislatore si rimanda al dibattito su 'giudici e legislatori' in *Diritto pubblico*, n. 2, 2016 (con contributi di C. PINELLI, G.U. RESCIGNO, A. TRAVI, M. BOMBARDELLI, V. ANGIOLINI, P. CIARLO, A. PIOGGIA, S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. AZZARITI, F. BILANCIA, P. CARNEVALE, D. STORACE) nonché, su tutti, al contributo di R. PARDOLESI, G. PINO, *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2017, 116 ss. In termini critici, sull'equivocità del termine 'giudice-legislatore', si veda F. VINCENZO, *L'equivoco del giudice legislatore*, in *Foro it.*, n. 9, V, pp. 295 ss.

¹⁰ Per un'analisi delle sentenze si rinvia anzitutto al volume monografico *Diritto e società*, 2021, n. 3 (con contributi di M.A. SANDULLI, F. FERRARO, G. MORBIDELLI, M. GOLA, R. DIPACE, M. CALABRÒ, E. LAMARQUE, R. ROLLI - D. SAMARRO, E. ZAMPETTI, G. IACOVONE, M. RAGUSA, P. OTRANTO), nonché a A. GIANNELLI, G. TROPEA, *Il funzionalismo creativo dell'Adunanza Plenaria in tema di concessioni demaniali marittime e l'esigenza del Katekon*, in *Riv. it. pubbl. com.*, nn. 5-6, 2021, pp. 723-760; M. MATASSA, *Il Consiglio di Stato "immagina" il nuovo regime giuridico delle concessioni demaniali*, in *Riv. it. pubbl. com.*, 2021, nn. 5-6, pp. 825-845; M. CHITI, *Juger l'administration c'est aussi légiférer? L'adunanza plenaria sulle concessioni demaniali marittime*, in *Riv. it. pubbl. com.*, 2021, nn. 5-6, pp. 870-884; E. DI SALVATORE, *Proroghe legislative automatiche, non applicazione e disapplicazione: l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato di pronuncia sulla direttiva servizi*, in *Giur. cost.*, n. 6, 2021, pp. 2935-2942; M. M. DENICOLÒ, *Al di là del prospective overruling. Note critiche a margine delle sentenze dell'Adunanza Plenaria nn. 17 e 18 del 2021*, in *Urb. e app.*, n. 3, 2022, pp. 293-306; G. PAPINI, *Il regime giuridico dei beni demaniali alla luce delle sentenze dell'Adunanza Plenaria n. 17 e 18 del 2021*, in *Urb. e app.*, n. 6, 2022, pp. 744-759; R. CARANTA, *Concessioni demaniali – Es gibt noch Richter in Berlin! Stop alle proroghe delle concessioni balneari*, in *Giur. it.*, n. 5, 2022, pp. 1204-1210; M. A. SANDULLI, *Sulle «concessioni balneari» alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, in *Giustizia insieme*, 16 febbraio 2022; C. FELIZIANI, *Noma interna in contrasto con il diritto europeo, doveri del funzionario pubblico e sorte del provvedimento amministrativo "antieuropeo"*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2, 2022, pp. 459-488.

¹¹ Legge 24 febbraio 2023, n. 14, di Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 29 dicembre 2022, n. 198, recante disposizioni urgenti in materia di termini legislativi (c.d. Decreto Milleproroghe).

volta tutt'altro che irragionevole), ma dall'altro – sulla scorta dei precedenti della Corte costituzionale¹² e della CGUE¹³ – risultano vincolate dalla giurisprudenza amministrativa a disapplicare la legge contenente questo (ennesimo) rinvio per contrasto con la disciplina unionale. Ciò, è bene precisarlo, in un contesto generale in cui né risultano ancora chiari i criteri da utilizzare per le gare, né è stata conclusa la mappatura del litorale italiano a causa dell'infruttuoso decorso del termine della legge delega del 27 febbraio 2023.

L'elaborazione di una soluzione di compromesso di matrice esclusivamente pretoria si è così rivelata inidonea a garantire un nucleo minimo di certezza dei traffici giuridici in un ambito del diritto – come quello delle concessioni marittime con finalità turistico-ricreative – in cui il legislatore ha dimostrato di non voler dare attuazione agli obblighi concorrenziali anche a costo di affrontare le possibili conseguenze davanti alle istituzioni europee. In altri termini, nei casi prospettati, vi è ragione di ritenere che qualsiasi tentativo di creazione di un 'diritto liquido' possa finire con l'evaporare dinanzi alle ferme resistenze della politica.

In tale contesto, dopo aver ripercorso brevemente il tortuoso percorso ventennale della disciplina del rinnovo delle concessioni balneari e descritto il ruolo progressivamente assunto dai vari attori nazionali e sovranazionali, questo saggio intende interrogarsi in una prospettiva critica sull'imminente futuro del settore balneare.

2. Quasi vent'anni di (mancata) regolazione delle concessioni balneari

La difficile convivenza tra obblighi imposti dal diritto sovranazionale e resistenze del diritto interno che caratterizza la materia di rinnovo delle concessioni balneari ha ormai acquisito un clamore mediatico tale da essere ormai ben conosciuta anche al di fuori dall'ambito degli operatori del settore balneare¹⁴. Tale situazione non è il frutto della sola incompatibilità, sorta al momento dell'entrata in vigore della

¹² Corte Cost., 11 luglio 1989, n. 389 § 4: «[...] Tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi (e agli atti aventi forza o valore di legge) – tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi – sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con le norme [dell'Unione Europea]».

¹³ C.G.U.E., 22 giugno 1989, proc. 103/88 (Fratelli Costanzo) § 31, «[...] Tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali, [sono tenuti ad applicare le disposizioni UE *self-executing*] disapplicando le norme nazionali ad esse non conformi».

¹⁴ Per ripercorrere con maggiore precisione le diverse tappe che hanno segnato la disciplina del rinnovo delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative si rimanda a S. CASSESE, *Concessione di beni pubblici e diritto di insistenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, pp. 335 ss.; F. DI LASCIO, *Concessione di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, in *Foro amm. – TAR*, 2009, pp. 787 ss.; M. DE BENEDETTO (a cura di), *Spiagge in cerca di regole. Studio d'impatto sulle concessioni balneari*, Bologna, Arel, 2011; G. MARCHEGIANI, *Le concessioni demaniali marittime e la sindrome di Loch Ness*, in *giustamm.it*, n. 10, 2015; C. BENETAZZO, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. Ed esigenze di tutela dell'affidamento*, in *federalismi.it*, n. 25, 2016; F. ARMENANTE, *La non disciplina delle concessioni demaniali: dall'abrogazione innaturale del diritto di insistenza alle plurime e sistematiche proroghe anticomunitarie*, in *Riv. giur. ed.*, n. 4, 2020, pp. 261 ss. Tra i contributi più recenti, invece, si veda l'analisi di F. DI LASCIO, *Le concessioni di spiaggia tra diritti in conflitto e incertezza delle regole*, in *Dir. amm.*, n. 4, 2022, pp. 1037-1071.

Bolkestein¹⁵, tra l'obbligo di affidamento mediante procedure imparziali delle "risorse naturali scarse" degli Stati membri e il meccanismo nazionale allora vigente (volto ad attribuire ai concessionari un vero e proprio 'diritto di insistenza' sui beni ad essi affidati)¹⁶. Per comprendere le ragioni per cui oggi la materia del rinnovo delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative sia utilizzata come caso paradigmatico per fare riferimento alle conseguenze di un grave contrasto tra istituzioni italiane ed europee, occorre infatti fare riferimento a quanto avvenuto negli anni immediatamente successivi alla pubblicazione della Bolkestein.

Già in prima battuta, gli accennati obblighi di ispirazione pro-concorrenziale non solo non sono stati accolti dal legislatore italiano, ma sono stati apertamente osteggiati attraverso l'introduzione di una specifica disciplina volta a concedere ai titolari dei beni demaniali marittimi la proroga dell'affidamento fino a un massimo di vent'anni sulla base della rilevanza economica delle opere da realizzare¹⁷. In tale contesto, appena due anni dopo l'entrata in vigore della direttiva Bolkestein, la Commissione Europea ha avviato una prima procedura di infrazione con l'obiettivo di rimuovere qualsiasi diritto di preferenza del concessionario uscente nell'assegnazione di nuove concessioni¹⁸.

L'intervento del legislatore italiano del 2009 che avrebbe dovuto arrestare la procedura di infrazione attraverso l'abrogazione delle disposizioni contrarie agli obblighi euro-unionali¹⁹ non solo non è stato sufficiente per raggiungere lo scopo prefissato, ma – in funzione di alcune discrepanze tra il decreto originario e la legge di conversione²⁰ – ha indotto la Commissione a provvedere nel 2010 con una lettera

¹⁵ Con particolare riferimento al contenuto dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, secondo cui «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 il suo svolgimento e completamento; l'autorizzazione è rilasciata per una durata minima 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». Per un approfondimento sul contenuto della direttiva si rimanda a S. D'ACUNTO, *Direttiva servizi (2006/123/UE), Genesi, obiettivi, contenuto*, Milano, Giuffrè, 2009.

¹⁶ Con l'espressione 'diritto di insistenza' si allude alla previsione, successivamente abrogata, contenuta nell'art. 37, comma 2, Codice della Navigazione (R.D. 30 marzo 1942, n. 327) volta ad attribuire, in presenza di più domande per il rilascio di una concessione demaniale marittima, una preferenza al soggetto già titolare di tale concessione. Per un'attenta analisi sull'evoluzione del 'diritto di insistenza' tra «irritazioni sovranazionali e quadro costituzionale interno» si rimanda a G. VOSA, *Le concessioni turistiche tra ordinamento degli Stati e diritto dell'Unione. Italia e Spagna: Cammini diversi, soluzioni simili?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1, 2022, pp. 52-60.

¹⁷ La disciplina dell'affidamento delle concessioni balneari era allora regolata dall'art. 1, comma 2, d.l. 5 ottobre 1993, n. 400, convertito con modificazioni con l. 4 dicembre 1993, n. 194, il quale aveva previsto un affidamento dalla durata di sei anni automaticamente rinnovabile a ogni scadenza per ulteriori sei anni, a semplice richiesta del concessionario. Disposizione, quest'ultima, ulteriormente implementata il giorno precedente all'entrata in vigore della direttiva Bolkestein dall'art. 1, comma 253, della l. 27 dicembre 2006, n. 296 (c.d. legge finanziaria 2007) in modo da permettere agli allora concessionari di richiedere un'estensione della concessione fino a un massimo di vent'anni sulla base della rilevanza economica delle opere da realizzare.

¹⁸ Lettera di messa in mora della Commissione Europea del 29 gennaio 2009 (procedura di infrazione n. 2008/4908).

¹⁹ Art. 1, comma 18, d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, convertito con modificazioni dalla l. 26 febbraio 2010 n. 25.

²⁰ Si fa riferimento, in particolare, all'inserimento in sede di conversione a un rinvio indiretto alla disciplina di rinnovo contenuta del già richiamato (v. nota 17) art. 1, comma 2, d.l. 5 ottobre 1993, n. 400.

di messa in mora complementare²¹. Il legislatore è così intervenuto nuovamente in occasione della legge comunitaria 2010 attribuendo al Governo una delega per un riordino generale del settore improntato su criteri e modalità di affidamento delle concessioni marittime conformi anche ai principi di concorrenza e di libertà di stabilimento²², convincendo questa volta le istituzioni europee a chiudere la procedura di infrazione nel febbraio del 2012 (nonostante la legge contenesse una proroga generale delle concessioni in essere sino al 31 dicembre 2015).

Cionondimeno, negli anni successivi non si arrivò mai neppure ad essere vicini ad attuare la promessa riforma del settore: basti pensare che, a solo pochi mesi dalla chiusura della procedura di infrazione, il legislatore decise di prorogare ulteriormente le concessioni demaniali marittime a uso ricreativo al 31 dicembre 2020²³. Ben presto la Corte di Giustizia dell'Unione Europea esortò l'Italia a rispettare la direttiva Bolkestein con la nota sentenza *Promoimpresa e Melis*²⁴ e chiari come anche le proroghe automatiche delle concessioni (così come anche i rinnovi) ostassero alla partecipazione di imprese di altri Stati membri alle procedure selettive per gli affidamenti delle spiagge²⁵.

Tuttavia, dopo diversi tentativi di riforma andati a vuoto²⁶, l'avvicinamento della naturale scadenza delle concessioni ha indotto il Parlamento a varare con la legge di bilancio 2019²⁷ una nuova proroga delle concessioni in essere fino al 31 dicembre 2033 (con conseguente divieto di avvio di nuove procedure di affidamento delle concessioni). Proroga, quest'ultima, successivamente rafforzata dal "decreto Rilancio"

²¹ Lettera di messa in mora della Commissione europea del 10 maggio 2010 (procedura di infrazione n. 2010/2734, complementare alla procedura n. 2008/4908).

²² Si veda in particolare l'art. 11, comma 2, lett. b), legge 15 dicembre 2011, n. 215 (legge comunitaria 2010).

²³ Art. 34-*duodecies*, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179.

²⁴ CGUE, sez. V, sent. 14 luglio 2016, *Promoimpresa e Melis*, Cause riunite C-458 e C-67/15 (questioni pregiudiziali sollevate dal Tar Lombardia, sez. IV, ord. 24 settembre 2014, n. 2401 e dal Tar Sardegna, sez. I, ord. 28 gennaio 2015, n. 2493). Tra i numerosi commenti a sentenza si vedano L. DI GIOVANNI, *Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga ex lege*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, nn. 3-4, 2016, pp. 912-926; E. BOSCOLO, *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime*, in *Urb. e app.*, n. 11, 2016, pp. 1217-1227; F. SANCHINI, *Le concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo tra meccanismi normativi di proroga e tutela dei principi europei di libera competizione economica: profili evolutivi alla luce della pronuncia della Corte di giustizia resa sul caso Promoimpresa-Melis*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, n. 2, 2016, pp. 182-205; F. CAPOTORTI, *Cronaca di un'incompatibilità annunciata nel caso Promoimpresa: secondo l'avvocato generale Szpunar la direttiva Bolkestein osta al rinnovo automatico dei diritti esclusivi di sfruttamento dei beni del demanio pubblico marittimo e lacuale in Italia*, in *EuroJus.it*, n. 3, 2016; A. COSSIRI, *La proroga delle concessioni demaniali marittime sotto la lente del giudice costituzionale e della Corte di Giustizia dell'UE*, in *federalismi.it*, n. 14, 2016, 1-23; C. BENETAZZO, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, in *federalismi.it*, n. 25, 2016, 1-35.

²⁵ Con riferimento alle prime pronunce del giudice amministrativo volte a mettere in dubbio la legittimità del meccanismo della preferenza automatica in favore del concessionario uscente si rimanda, *ex multis*, a Cons. Stato, sez. IV, 25 gennaio 2005, n. 168; Cons. Stato, sez. V, 31 maggio 2007, n. 2825; con riferimento, invece, ai primi e incisivi interventi della Consulta volti a dichiarare costituzionalmente illegittime alcune disposizioni regionali volte ad estendere le proroghe delle concessioni demaniali per mancato rispetto dei vincoli concorrenziali di matrice europea si veda Corte cost., 20 maggio 2010, n. 180; Corte cost., 26 novembre 2010, n. 2010; Corte cost., 18 luglio 2011, n. 213.

²⁶ Per una ricognizione sulle proposte di riforma del settore andate a vuoto si veda M. FERRARA, G. IONNIDES, G. VOSA, *Dossier ragionato sulle concessioni demaniali marittime ad uso turistico ricreativo*, in *federalismi.it*, 2021, pp. 17-18.

²⁷ Artt. 682, 683, 684, l. 30 dicembre 2018, n. 145.

del 2020²⁸ attraverso il richiamo ai sopravvenuti «effetti derivanti nel settore dall'emergenza da COVID-19» come ulteriore “fattore legittimante” dell’ultradecennale proroga disposta con l’intervento precedente. In questo scenario, trascorsi inutilmente ormai più di dieci anni dalla promessa di riordino del settore delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative, la Commissione Europea non ha avviato una nuova procedura di infrazione nei confronti dell’Italia per le medesime ragioni sostanziali già rappresentate in precedenza²⁹.

In queste condizioni il giudice amministrativo (in prima linea, vista l’enorme mole di contenziosi riconnessi alla materia in oggetto) ha trovato dinanzi a sé delle questioni certamente complesse – che se analizzate con respiro più ampio lasciano riaffiorare le antiche riflessioni sul “diritto legislativo illegittimo”³⁰ – ma in ogni caso risolvibili attraverso opzioni tra loro diverse ma ugualmente valide, tra cui ad esempio: la immediata disapplicazione delle disposizioni nazionali in favore dell’ingresso delle norme europee direttamente applicabili sulla concorrenza; oppure, in presenza di dubbi sull’individuazione delle norme direttamente applicabili, un nuovo rinvio della questione alla CGUE con l’intento di risolvere definitivamente qualsiasi attrito tra la disciplina nazionale e sovranazionale.

Come è noto, però, l’Adunanza Plenaria ha scelto una strada dagli imprevedibili risvolti.

3. Le soluzioni elaborate dall’Adunanza Plenaria

Vi è ragione di ritenere che le sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell’Adunanza Plenaria possano essere a lungo ricordate, ma non in ragione del notevole sforzo con cui il Consiglio di Stato affrontato le numerose questioni ricollegate alla disciplina del settore balneare. Ritenuta la proroga automatica del legislatore *tamquam non esset* (ossia, come mai disposta), il profilo di maggiore interesse, infatti, va ricercato nella volontà del Consiglio di Stato di modulare gli effetti nel tempo della sentenza al 31 dicembre 2023 per far fronte all’immediata non applicazione di tale proroga sul piano sociale ed economico. Ritornando alla suggestione contenuta in premessa, è forse questo il frangente in cui si avvertono le prime avvisaglie di evaporazione del ‘diritto liquido’ fino a quel momento utilizzato per regolamentare la materia delle concessioni balneari.

Provare a riassumere in poche battute le conclusioni dell’Adunanza Plenaria non appare un compito semplice, in quanto le ricordate pronunce hanno affrontato molteplici temi di diritto sostanziale e processuale di indubbia rilevanza teorica. Per quel che rileva ai fini del presente lavoro, nondimeno, si

²⁸ Art. 183, comma 2, d.l. 19 maggio 2020, n. 34. Sul tema si rimanda al commento di E. CAVALIERI, *Le misure di sostegno della cultura e del turismo nella seconda fase dell'emergenza sanitaria*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 1, 2021, p. 30.

²⁹ Lettera di messa in mora della Commissione Europea del 3 dicembre 2020 (procedura di infrazione n. 2020/4118).

³⁰ Sul concetto di ‘diritto legislativo illegittimo’ si rimanda a H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, (1945), trad. it. di S. COTTA, G. TREVES, Edizioni di Comunità, Milano, 1952, 258 ss.; ID., *La dottrina pura del diritto* (1960), trad. it. di M.G. LOSANO, Einaudi, Torino, 298.

ritiene opportuno circoscrivere l'analisi ai punti di forza e di debolezza del percorso logico-argomentativo seguito dal Consiglio di Stato, con l'intenzione di sottolineare le divergenze di tale intervento con la precedente pronuncia *Promoimpresa* e *Melis* della CGUE. Su tali basi sarà poi possibile avanzare alcune considerazioni critiche sulle conseguenze causate dal (forse improprio) ricorso del Consiglio di Stato al potere di differimento nel tempo degli effetti delle sue sentenze.

Tra i principali punti affrontati dalle sentenze 17-18/2021 vanno rappresentate brevemente le motivazioni impiegate dalla Plenaria per confutare gli argomenti generalmente utilizzati per escludere le concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative dal campo di applicazione della direttiva 2006/123/CE³¹. Segnatamente, dopo aver chiarito la portata '*self-executing*' della disposizione, la Plenaria ha compiuto un'analisi quanto più possibile oggettiva dei dati offerti dal Sistema Informativo del Demanio marittimo (SID)³² per chiarire come il patrimonio costiero italiano dovesse essere qualificato alla stregua di una 'risorsa naturale scarsa' (assoggettata come tale all'art. 12 della Bolkestein). In tale occasione il Consiglio di Stato ha rilevato come «in Italia quasi il 50% delle coste [fosse] occupato da stabilimenti balneari, con picchi che in alcune regioni arrivano quasi al 70% (Liguria, Emilia-Romagna e Campania)», mettendo poi a fuoco come il limite quantitativo di costa affidabile in concessioni stabilito a livello regionale – generalmente compreso tra il 40 e il 60% – fosse già vicino o pari al limite massimo³³. Dunque, pur prendendo atto della diversità di vedute in dottrina sull'argomento³⁴, la decisione del Consiglio di Stato non appare di certo priva di fondamento (quantomeno empirico, ancor prima che giuridico).

Sarebbe bastato alla Plenaria ricondurre il patrimonio costiero nazionale all'ambito applicativo dell'art. 12 della Direttiva Bolkestein per imporre un sistema di affidamento delle concessioni balneari basato su procedimenti conformi alle esigenze pro-concorrenziali rappresentate dalla Bolkestein, ma le sentenze nn. 17 e 18 del 2021 hanno inteso comunque esprimersi sulla *vexata quaestio* del "carattere transfrontaliero

³¹ Sull'impossibilità di applicare i principi della Bolkestein nel settore delle concessioni balneari si veda quanto più volte argomentato dalla giurisprudenza della prima sezione del T.A.R. Puglia (*ex multis*: Tar Puglia, 17 novembre 2020, n. 1321; TAR Puglia, 15 gennaio 2021, n. 71; Tar Puglia, 3 marzo 2021, n. 374; Tar Puglia, 29 giugno 2021, n. 981).

³² Sull'argomento P.M. ROSA SALVA, *Il Sistema Informativo del Demanio marittimo (SID): uno strumento di e-government tra problematiche applicative e partecipative*, in *IdF*, n. 3, 2019, pp. 767-782.

³³ A queste considerazioni ne vanno aggiunte altre sul versante quantitativo, poiché – come rilevato a più riprese dai report di Legambiente (rapporti 2021 e 2022 di Legambiente sulla «situazione ed i cambiamenti in corso nelle aree costiere italiane») – le aree demaniali marittime non concesse sono spesso proprie quelle in cui la balneazione è vietata a causa dell'alto livello di inquinamento. Si pensi, ad esempio, che su un totale di 389 punti campionati nel 2021 in 18 regioni, in mare e in 34 laghi italiani, un punto ogni tre è risultato oltre i limiti di inquinamento previsto dalla legge (per un ulteriore approfondimento si rimanda alla mappa interattiva sullo stato di inquinamento dei mari e dei laghi italiani reperibile su <https://golettaverde.legambiente.it>).

³⁴ Una valida riflessione in termini contrari alla possibilità di inserire il patrimonio costiero nel novero delle 'risorse naturali scarse' ai sensi della direttiva Bolkestein è offerta da B. CARAVITA, G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato: una prospettiva di riforma*, in *federalismi.it*, n. 20, 2021, pp. 17-18.

certo»³⁵ delle concessioni demaniali. Tuttavia – ed è questo uno dei passaggi forse meno convincenti del percorso logico-argomentativo utilizzato dal Consiglio di Stato – l'utilizzo di questo concetto impiegato nelle pronunce della Plenaria appare ben distante, in senso marcatamente restrittivo dell'autonomia degli Stati membri, rispetto a quello fatto proprio dalla CGUE. Quest'ultima, infatti, nella richiamata sentenza *Promoimpresa e Melis* ha chiarito in modo puntuale come la proroga automatica delle concessioni fosse da intendersi come contraria al diritto dell'Unione nel solo limite in cui tali concessioni presentassero un interesse transfrontaliero certo³⁶, affidando poi la valutazione circa la sussistenza di tale requisito al giudice nazionale³⁷.

Sebbene la Corte di Giustizia abbia negato l'esistenza di qualsiasi presunzione generalizzata di 'transnazionalità' dell'interesse all'affidamento di tali concessioni, l'Adunanza Plenaria ha inteso estendere detto parametro a tutto il patrimonio costiero nazionale, in funzione della «capacità attrattiva verso le imprese di altri Stati membri» dettata dalla sua conformazione, ubicazione geografica e vocazione turistica (§ 15). La presunzione introdotta dal Consiglio di Stato volta a ritenere 'sempre certo' l'interesse transfrontaliero in materia di concessioni balneari si è così tradotta in un esplicito auto-limite volto a precludere al giudice nazionale qualsiasi possibile valutazione caso per caso sui singoli beni demaniali. Quest'ultima rinuncia non risulta però del tutto convincente a causa della sua incapacità di produrre un adeguato compenso sul versante dell'effettiva tutela dei principi concorrenziali perseguiti dalle istituzioni europee. Difatti, una volta chiarito come l'intero patrimonio costiero nazionale fosse già da valutare alla stregua di «una risorsa naturale scarsa» (ric conducendo così l'intero settore balneare alla disciplina della Bolkestein), qualsiasi ulteriore valutazione dell'interesse transfrontaliero assume una rilevanza del tutto marginale sulla base della preminenza delle fonti di armonizzazione disegnata dalla giurisprudenza della Corte Europea di Giustizia³⁸.

³⁵ Le stesse sentenze dell'Ad. Plen. 17-18/2021 hanno inteso proporre la seguente definizione: «[l']interesse transfrontaliero certo consiste nella capacità di una commessa pubblica o, più in generale, di un'opportunità di guadagno offerta dall'Amministrazione anche attraverso il rilascio di provvedimenti che non portano alla conclusione di un contratto di appalto o di concessione, di attrarre gli operatori economici di altri Stati membri» (§ 15).

³⁶ CGUE, sez. V, sent. 14 luglio 2016, *cit.*, § 74: «osta a una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo».

³⁷ Tanto è vero che il Giudice europeo ha constatato la presenza di un interesse transfrontaliero certo, e dunque la diretta applicabilità degli obblighi di trasparenza imposti dall'art. 49 TFUE solo in relazione alla causa C-458/14 (*Promoimpresa*) e non in relazione alla causa C-67/15, in relazione alla quale la Corte non ha rilevato l'esistenza di tale interesse ritenendo non sufficienti le illustrazioni delle circostanze di fatto fornite dal giudice del rinvio.

³⁸ CGUE, sez. V, sent. 14 luglio 2016, *cit.*, § 59: «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». Tra le varie sentenze della Corte di Giustizia sull'argomento v. CGUE, 12 ottobre 1993, Causa C-37/92, *Vanacker e Lesage*, punto 9; Id., 13 dicembre 2001, Causa C-324/99, *DaimlerChrysler*, punto 32; Id., 30 aprile 2014, Causa C-475/12, punto 69.

A questa conclusione si è obiettato – e non a torto – che «la direttiva Bolkestein è una direttiva di liberalizzazione, non di armonizzazione»³⁹. Tuttavia, in occasione della più volte richiamata sentenza *Promoimpresa e Melis*, la Corte europea ha avuto modo di trattare la questione chiarendo come anche nel caso delle concessioni balneari la normativa primaria possa rilevare solo in questioni non coperte da fonti di armonizzazione (§§ 59-61).

4. (Segue): la nomopoiesi giudiziaria come ‘ultima spiaggia’

Sulla base delle argomentazioni riportate nel precedente paragrafo le sentenze gemelle hanno disapplicato le proroghe automatiche disposte dagli artt. 682, 683, 684 della l. 30 dicembre 2018, n. 145 e dall’art. 183, comma 2, d.l. 19 maggio 2020, n. 34 per contrasto con il diritto europeo. Più precisamente, ritenendo tali disposizioni efficaci senza il necessario intervento del potere amministrativo, le proroghe generalizzate in esse contenute sono state ritenute *tamquam non esset*. Cionondimeno, dopo aver evidenziato le conseguenze sul piano economico e sociale dell’immediata disapplicazione di tale proroga, il Consiglio di Stato ha ritenuto di modulare gli effetti temporali della sua decisione in modo da permettere al legislatore di riorganizzare il settore balneare⁴⁰. In sostanza, nella prospettiva della Plenaria, la proroga fino al 2033 delle concessioni balneari stabilita dalla normativa antieuropea è da considerarsi mai adottata, ma solo a partire dal 31 dicembre 2023. Ciò, come verrà più avanti approfondito, affidando direttamente alle pubbliche amministrazioni coinvolte l’obbligo di disapplicare qualsiasi futura ed eventuale proroga.

Il Consiglio di Stato decide così di spingersi oltre la risoluzione della controversia insorta tra le parti in causa e dimostra la volontà di farsi garante dell’ordine sociale e così indirettamente anche del (non sempre legittimo) affidamento riposto dai concessionari sulla validità delle proroghe generalizzate indirizzare a ritardare l’obbligo di affidamento dei beni demaniali tramite procedure selettive. Sebbene questo lavoro non intenda entrare nel merito del livello di inescusabilità della condotta con cui il legislatore ha finora affrontato il tema in questione, e dunque sulla possibile eccezionalità volta a legittimare tale intervento del giudice, si ritiene opportuno rappresentare gli effetti a valanga derivanti dall’improprio utilizzo da parte del Consiglio di Stato del potere di modulazione nel tempo delle sentenze.

Preliminarmente va chiarito come tale potere non rappresenti di certo una novità nello scenario ordinamentale italiano, ma sia stato utilizzato più volte per differire nel tempo gli effetti dei mutamenti giurisprudenziali. Per fare riferimento a tale fenomeno il giudice amministrativo ha utilizzato lo schema

³⁹ M. P. CHITI, *Juger l’administration c’est aussi légiférer?...*, cit., p. 873.

⁴⁰ Specificando al contempo che «eventuali proroghe legislative dei termini così come individuati (al pari di ogni disciplina diretta ad eludere gli obblighi comunitari) dovranno naturalmente considerarsi in contrasto con il diritto dell’Unione e, pertanto, immediatamente non applicabili ad opera non solo del giudice, ma di qualsiasi organo amministrativo, doverosamente legittimato a considerare, da quel momento, *tamquam non esse[n]t*, le concessioni in essere» (§ 48).

del c.d. *prospective overruling*⁴¹, ossia un istituto preso in prestito dall'ordinamento statunitense che si occupa di tutelare l'affidamento (*reliance*) riposto dai consociati su un precedente giurisprudenziale che si intende innovare (*overrule*) attraverso l'utilizzo dello stesso solo in prospettiva futura (*prospective*)⁴². Sebbene la sintetica definizione proposta lasci già trasparire la distanza tra le finalità proprie dell'istituto in esame e quelle utilizzate dalla Plenaria, esigenze di completezza della trattazione suggeriscono di rappresentare in breve l'evoluzione del *prospective overruling* nella giurisprudenza amministrativa.

Il tema del differimento nel tempo dei propri atti è stato affrontato per la prima volta dal Consiglio di Stato in un giudizio avente ad oggetto l'annullamento di un piano faunistico per difetto di preventiva valutazione ambientale strategica⁴³. Considerato che in quell'occasione l'eventuale caducazione dell'atto impugnato non avrebbe fatto altro che aggravare ulteriormente gli interessi ambientali perseguiti dal ricorrente, il giudice amministrativo ha ritenuto di poter modulare nel tempo i propri atti sulla base di alcuni precisi parametri (ossia con riferimento ai soli giudizi di annullamento e con riferimento all'interpretazioni di regole di carattere strettamente processuale). Ben presto, tuttavia, tale operazione di vera e propria «ingegneria processuale»⁴⁴ fu lasciata alle spalle dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, il quale – dopo una sporadica applicazione del *prospective overruling* su atti amministrativi generali⁴⁵ – nel 2015 è tornato sul tema in composizione plenaria ponendosi in netto contrasto con il menzionato precedente⁴⁶. In quella sede il Consiglio di Stato ha infatti negato *in nuce* la possibilità di modulare nel tempo gli effetti delle proprie sentenze e ha smontato il fondamento giuridico posto alla base del

⁴¹ Un'analisi esaustiva dell'argomento è offerta da A. DE SIANO, *Il prospective overruling tra giusto processo e sentenza giusta* in *Dir. proc. amm.*, n. 4, 2019, pp. 1134-1170. Sull'origine del concetto di '*prospective overruling*' si rimanda a G. SEVERINI, *La sicurezza giuridica...*, cit., pp. 19-21, mentre per un'analisi generale sull'evoluzione della giurisprudenza del Consiglio di Stato in materia di modulazione del tempo delle proprie sentenze, e sulla progressiva riduzione dei limiti ricollegati all'esercizio di tale potere, si rimanda invece a F. SAIITTA, *Interprete senza partito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, pp. 458-475.

⁴² Una definizione del fenomeno si ritrova in Cass. civ., Sez. Un., 12 febbraio 2019, n. 4135, secondo cui il *prospective overruling* è «un meccanismo finalizzato a porre la parte al riparo dagli effetti nocivi di mutamenti imprevedibili delle "regole del gioco" attraverso la sterilizzazione delle conseguenze pregiudizievoli del nuovo indirizzo interpretativo, consentendosi all'atto compiuto con modalità ed in forme ossequiose dell'ordinamento giurisprudenziale successivamente ripudiato, ma dominante al momento del compimento, di produrre ugualmente i suoi effetti».

⁴³ Cons. Stato, sez. IV, 7 novembre 2011, n. 2755, in *Foro amm.-C.d.S.*, 12, 2011, pp. 2 ss.

⁴⁴ Il termine è da attribuire a E. FOLLIERI, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 2012, pp. 438-442. Tra i più significativi commenti v. anche C.E. GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, n. 1, pp. 260-292; A. TRAVI, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e "non annullamento" dell'atto illegittimo*, in *Urb. e app.*, n. 8, 2011, pp. 936-939; R. VILLATA, *Ancora "spigolature" sul nuovo processo amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4, 2011, pp. 1512-1518; M. MACCHIA, *L'efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: prove di imitazione*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 12, 2011, pp. 1310-1316; M. FORNACIARI, *Ultimissime dal Consiglio di Stato: l'annullamento ... che non annulla!*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4, 2012, pp. 1662-1676.

⁴⁵ Cfr. Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 13 dicembre 2011, n. 695 e Tar Campania, Napoli, sez. I, 25 marzo 2015, n. 1787.

⁴⁶ Cons. Stato, Ad. Plen., 13 aprile 2015, n. 4.

precedente del 2011, distinguendo i propri poteri da quelli della Corte costituzionale e dalla Corte di Giustizia Europea⁴⁷.

Sono bastati poco più di due anni al Consiglio di Stato per riscrivere le regole in materia di *overruling* prospettico. Sorprendentemente, con la nota sentenza 13/2017, la Plenaria ha lasciato dietro di sé le sue precedenti (e condivisibili) conclusioni per riabbracciare l'orientamento inizialmente elaborato dalla Sesta Sezione⁴⁸. In tale occasione, dopo aver formulato il discutibile principio di diritto secondo cui «ben può il Consiglio di Stato – in sede plenaria – modulare gli effetti delle proprie decisioni», la richiamata pronuncia ha inteso al contempo arginare questo nuovo potere attraverso la previsione di alcuni precisi auto-vincoli cumulativi: a) un'obiettivo e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni da interpretare; b) l'esistenza di un orientamento prevalente contrario all'interpretazione adottata; c) la necessità di tutelare uno o più principi costituzionali o, comunque, di evitare gravi ripercussioni.

L'affermazione del richiamato principio di diritto non ha solamente suscitato un acceso dibattito fra studiosi, ma ha anche condotto la parte processuale originariamente ricorrente a impugnare la sentenza dinanzi alla Suprema Corte di Cassazione per eccesso di potere giurisdizionale *ex art. 111, comma 8, Cost.* sulla base dell'assunto secondo cui il Consiglio di Stato – in composizione plenaria – avesse indebitamente sconfinato nella sfera legislativa⁴⁹. Tuttavia, le Sezioni Unite hanno ritenuto inammissibile la questione prospettata ritenendo la sentenza dell'Adunanza Plenaria priva di un carattere concretamente decisorio e quindi insuscettibile di arrecare «un *vulnus* all'integrità delle attribuzioni di altri»⁵⁰. Vale la pena specificare che la richiamata decisione non è stata accompagnata da alcun *obiter dictum* idoneo a individuare

⁴⁷ Con particolare riferimento all'inappropriato confronto tra i poteri della Corte costituzionale e quelli del Giudice Amministrativo in relazione al potere di modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze si veda. N. LA FEMINA, *Il giudice amministrativo e l'annullamento del provvedimento. Dalla tutela retroattiva al bilanciamento degli interessi*, Milano, Franco Angeli, 116-117.

⁴⁸ Cons. Stato, Ad. Plen., 22 dicembre 2017, n. 13. Per un commento sulla sentenza, su tutti, E. FOLLIERI, *L'Adunanza Plenaria, "sovrano illuminato", prende coscienza che i principi enunciati nelle sue pronunzie sono fonti del diritto*, in *Urb. e app.*, n. 3, 2018, pp. 373-381; A. CASSATELLA, *Nuovi orientamenti in tema di efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: un'innovazione necessaria?*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3, 2018, pp. 1134-1156; G. COCOZZA, *Principio di diritto fissato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e prospettive overruling*, in *Riv. dir. proc.*, n. 3, 2020, 1119-1138; M. CONDORELLI, *Il nuovo prospettive overruling, «dimenticando» l'adunanza plenaria n. 4 del 2015*, in *Foro it.*, n. 3, 2018, pp. 163-168.

⁴⁹ Non potendo riportare in questa sede la sterminata letteratura volta ad approfondire il complesso tema del ricorso per Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione *ex art. 111, comma 8, Cost.* si ritiene più opportuno rimandare, tra gli altri, ai più recenti contributi di M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. Proc. Amm.*, n. 4, 2012, pp. 1677-1714; R. VILLATA, *Sui "motivi inerenti alla giurisdizione"*, in *Riv. dir. proc.*, n. 3, 2015, pp. 632-645; A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2, 2018, pp. 635-691. Per contributi dal respiro monografico, invece, si vedano M.V. FERRONI, *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, Padova, Cedam 2005; P. PATRITO, *I «motivi inerenti alla giurisdizione» nell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016; mentre, in prospettiva comparata, A. MASUCCI, *Le Cassazioni amministrative. Le esperienze tedesca e francese*, Milano, Giuffrè, 2016.

⁵⁰ Cass. civ., Sez. Unite, 30 ottobre 2019, n. 27842, annotata da T. COCCHI, *L'eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nella sfera legislativa. Ancora un'ipotesi meramente teorica?*, in *Osservatorio di giurisprudenza sulla giustizia amministrativa*, M.A. SANDULLI e M. LIPARI (a cura di), in *Foro amm.*, n. 2, 2020.

almeno un limite astratto di eccesso di potere giurisdizionale e così, in sostanza, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno evitato di entrare nel merito della delicata questione trattata.

Le sentenze gemelle 17-18 del 2021 prendono dunque forma in un contesto giuridico ideale. Prima ancora del discusso intervento con cui il Consiglio di Stato ha inteso differire nel tempo la nuova disciplina in materia di concessioni demaniali marittime, la capacità creativa dell'Adunanza Plenaria risultava già vicina alla sua massima espansione possibile e – stante ciò – l'eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nella sfera legislativa appariva ancora come un concetto poco più che teorico⁵¹. Così, visto il (mancato) intervento delle Sezioni Unite con riferimento al precedente del 2017, la disciplina del *prospective overruling* è stata nuovamente ridisegnata e applicata sulla base di un unico e ben distinguibile presupposto: tutelare l'ordine economico e sociale messo in pericolo dall'inescusabile leggerezza con cui il legislatore ha inteso affrontare la materia del rinnovo delle concessioni.

Poiché le pronunce 17 e 18 del 2021 del Consiglio di Stato sono state impugnate dinanzi le Sezioni Unite per eccesso di potere giurisdizionale per straripamento nella sfera legislativa *ex artt.* 111, comma 8, Cost. non è possibile – in attesa della definizione del giudizio – predeterminare se tale estensione del potere di modulazione nel tempo dell'efficacia delle proprie sentenze sarà sufficiente per arrestare «il self-restraint, forse eccessivo»⁵² che ha contraddistinto le pronunce sul tema delle Sezioni Unite. Del resto, stante le ragioni fin qui evidenziate, la Corte di Cassazione potrebbe considerare il *dictum* del Consiglio di Stato come una naturale attività interpretativa del giudice (sia pure con effetto differito in ordine alle conseguenze), ritenendo in qualche modo la componente 'creativa' delle sentenze gemelle riconducibile a un fondamento normativo che ad oggi non risulta ancora chiaro. Cionondimeno, in attesa dell'intervento della Suprema Corte, è opportuno sollevare un interrogativo che potrebbe assumere un ruolo cruciale nell'auspicata demarcazione di una linea di confine tra creazione e interpretazione del diritto, e domandarsi se lo strumento utilizzato dalle sentenze gemelle del 2021 per il differimento della disapplicazione delle proroghe in favore dei concessionari balneari al 31 dicembre 2023 sia ancora in qualche modo riconducibile alle finalità perseguite dall'originario istituto del *prospective overruling*.

Anzitutto, va evidenziato come la questione non sembri essere stata oggetto di particolare attenzione da parte dell'Adunanza Plenaria del 2021, la quale – dopo un semplice richiamo ai principi enunciati dalla

⁵¹ Come di recente ricordato da A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale...*, cit., p. 649, può distinguersi l'eccesso di potere giurisdizionale per esercizio di poteri riservati all'amministrazione da quello relativo all'invasione nella sfera legislativa. Quest'ultima ipotesi è tuttavia considerata dalla stessa giurisprudenza delle SS. UU. della Corte di Cassazione come «una figura di rilievo affatto teorico, in quanto – dovendosi ipotizzare che il giudice applichi, non già la norma esistente, ma una norma all'uopo creata – detto eccesso potrebbe ravvisarsi solo a condizione di poter distinguere un'attività di produzione normativa inammissibilmente esercitata dal giudice, da un'attività interpretativa» (fra le più recenti Cass. Civ., Sez. Un., 30 marzo 2017, n. 8282; mentre tra le prime orientate in tal senso Cass. Civ., Sez. Un., ord. 30 dicembre 2004, n. 24175).

⁵² A. LAMORGESE, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *federalismi.it*, n. 1, 2018, p. 10.

sentenza dell'A.P. 13 del 1017 – ha ricondotto il fondamento del potere di modulazione del tempo delle proprie sentenze all'esistenza di un potere analogo attribuito alla CGUE allo scopo di garantire un generale principio di certezza del diritto⁵³. Nessuna motivazione ulteriore rispetto a quella già offerta dal precedente del 2017, nessun richiamo ai precedenti auto-vincoli imposti dalla stessa plenaria per limitare tale potere, nessun precedente giurisprudenziale del Consiglio di Stato tale da ingenerare un ragionevole affidamento sulla legittimità delle proroghe automatiche disposte dal legislatore⁵⁴, ma solamente una tutela ai rapporti giuridici costituiti in 'buona fede' da chi ha riposto fiducia sulla validità delle proroghe legislative disposte dopo la sentenza *Promoimpresa* del 2016.

È qui che si arriva al cuore della questione: l'oggetto dell'innovazione (*overrule*) che si intende utilizzare in una prospettiva futura (*prospective*) non è un orientamento pretorio, ma la stessa legge (ritenuta non più in grado di assicurare un affidamento dei privati). In sostanza, nessun *prospective overruling*; solo la presa in carico del Consiglio di Stato delle conseguenze derivanti dall'irresponsabilità del legislatore dinanzi alle istituzioni europee.

I più strenui sostenitori della giurisprudenza creativa potrebbero giustificare tale possibile sconfinamento sulla base del suo scopo di stabilizzazione del disordine sociale, magari ritenendo «ormai arrivato il momento di ripensare la sacra trinità di Montesquieu»⁵⁵. Tuttavia, anche volendo accettare una rielaborazione in chiave moderna dell'idea secondo cui «la scienza giuridica [in senso lato] è l'unica vera fonte del diritto»⁵⁶, meritano di essere evidenziati alcuni problemi di tipo eminentemente pratico. Lo *stare decisis* in senso verticale frutto di un *overruling* prospettico può tutelare infatti l'affidamento dei privati riposto su un precedente conformando le future decisioni del Consiglio di Stato al principio oggetto della pronuncia della Plenaria, ma non preclude al legislatore di provvedere in senso marcatamente contrario (entrando così in un possibile circolo infinito tra proroghe *ex lege* e conseguenti disapplicazioni del giudice amministrativo). Come si avrà modo di vedere *infra*, lo scenario rappresentato non risulta affatto distante da quanto accaduto nei mesi successivi.

⁵³ Il potere di modulazione dell'efficacia nel tempo delle sentenze del CGUE deriva dall'art. 264 TFUE (ex art. 231 del TCE), secondo cui «Se il ricorso è fondato, la Corte di giustizia dell'Unione europea dichiara nullo e non avvenuto l'atto impugnato. Tuttavia, la Corte, ove lo reputi necessario, precisa gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi». Tra i precedenti possono vedersi Corte di giustizia, 26/4/1994, causa C-228/92 (Roquette Frères); Corte di giustizia, 18/1/2007, causa C-313/05 (Brzeziński).

⁵⁴ Senza nessuna pretesa di esaustività è possibile ricordare le seguenti pronunce successive all'intervento della CGUE del 2016: Cons. Stato, sez. VI, 31 gennaio 2017, n. 394; Cons. Stato, sez. VI, 13 aprile 2017, n. 1763; Cons. Stato, sez. VI, 10 luglio 2017, n. 3377; Cons. Stato, sez. V, 11 giugno 2018, n. 3600; Cons. Stato, sez. IV, 16 febbraio 2021, n. 1416; Cons. Stato, sez. VII, 21 giugno 2022, n. 7165.

⁵⁵ In questi termini, B. ACKERMAN, *Good-bye, Montesquieu*, in S. ROSE-ACKERMAN, P.L. LINDSETH (a cura di), in *Comparative Administrative Law*, 2017, p. 129.

⁵⁶ Si fa riferimento al pensiero di G. Capogrossi, *Il problema della scienza del diritto*, 1970, Milano, Giuffrè, p. 585 ricordato da N. Lipari, *Giudice Legislatore*, cit., p. 493.

5. Il cambio di strategia del legislatore attendista

Le pronunce 17-18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria hanno avuto un brusco impatto sul precario equilibrio con cui il Parlamento era riuscito fino a quel momento a mantenere vivo lo spirito del 'diritto di insistenza'. Come riassunto in estrema sintesi nel secondo paragrafo, il legislatore ha fino a quel momento ignorato qualsiasi concreta proposta di riforma del settore allo scopo di poter utilizzare gli inadempimenti delle altre istituzioni⁵⁷ per giustificare delle improbabili proroghe ultradecennali (introducendo sporadicamente norme dalla vocazione pro-concorrenziale ma dal contenuto solamente programmatico, come deleghe non esercitate dagli esecutivi).

Per quanto semplice, la strategia dell'attesa è risultata efficace al punto da essere ritenuta dal legislatore possibilmente replicabile *ad infinitum* in considerazione della notevole difficoltà di rendere effettivi gli obblighi pro-concorrenziali attraverso i soli strumenti a disposizione dei giudici nazionali ed europei. Ciò a causa non solo dell'assenza di criteri di gara idonei a garantire un'applicazione uniforme nel territorio nazionale dei principi pro-concorrenziali imposti dalla direttiva 2006/123/CE, ma (anche) della circostanza per cui a oggi non sia ancora certo il numero di beni demaniali marittimi concessi a terzi per finalità turistico-ricreative⁵⁸. Ma, in tale contesto, l'intervento del Consiglio di Stato ha messo in profonda crisi lo stretto legame tra 'inerzia (del Parlamento) e beneficio (a favore dei concessionari)' che fino a quel momento aveva garantito in qualche modo la stabilità dei rinnovi. Improvvisamente, il fattore tempo ha infatti assunto un ruolo sfavorevole rispetto alle necessità dei concessionari balneari, chiamando così il legislatore ad intervenire attivamente in modo da mitigare le incertezze derivanti da una regolazione interamente pretoria della disciplina delle concessioni balneari.

Il risveglio dal lungo sonno del Parlamento si è rivelato senz'altro brusco, in quanto la prima importante scelta che esso è stato chiamato ad assumere all'indomani delle sentenze 17-18 del 2021 ha riguardato l'opportunità di uniformarsi o no ai tempi e modi di riforma del settore balneare 'imposti' dal Consiglio di Stato. Sebbene il legislatore avesse la possibilità di affrontare tale *vexata quaestio* attraverso strade

⁵⁷ Sul ruolo affidato ai Comuni *in subiecta materia* si rinvia a N. MAZZA, *Le autonomie territoriali della direttiva Bolkestein*, in A. LUCARELLI, B. DE MARIA, M.C. GIRARDI (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime. Principi costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, in *Quaderni della rassegna di diritto pubblico europeo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, pp. 53-81. Più in generale, invece, per un approfondimento sul riparto di competenze in materia di concessioni dei beni demaniali marittimi si rimanda, per tutti, a M. MAZZARELLA, *Le concessioni dei beni demaniali marittimi: conflitto Stato-Regioni e tutela della concorrenza*, in *Diritti regionali*, n. 1, 2022, pp. 86-109.

⁵⁸ Come ha messo in luce da ultimo F. DI LASCIO, *Le concessioni di spiaggia...*, cit., pp. 1051-1052, non vi è univocità di vedute sul numero di concessioni di spiaggia a oggi assentite; se infatti il SID indica circa 21.5000 concessioni distribuite orientativamente su 4.000 chilometri di costa, altri studi di settore hanno invece individuato un numero ben maggiore (25.000), di cui circa 11.000 relative a stabilimenti balneari.

alternative rispetto a quelle tracciate dalla giurisprudenza amministrativa⁵⁹, con la l. 5 agosto 2022, n. 118⁶⁰ il Parlamento ha ritenuto di poter concludere l'auspicata riforma del settore balneare entro i tempi prescritti dal Consiglio di Stato attraverso l'introduzione di alcune disposizioni direttamente operative in materia di affidamento di concessioni balneari e di nuove deleghe governative.

Con riferimento alle disposizioni direttamente applicabili, ai sensi della rinnovata disciplina le concessioni demaniali marittime a uso ricreativo avrebbero dovuto continuare ad avere efficacia entro il termine del 31 dicembre 2023⁶¹, fatta salva la presenza di «ragioni oggettive che impediscano la conclusione della procedura selettiva [entro tale data] connesse, a titolo esemplificativo, alla presenza di un contenzioso o a difficoltà oggettive legate all'espletamento della procedura stessa»⁶². Anche in quest'ultima ipotesi, però, il meccanismo di rinnovo previsto avrebbe richiesto l'adozione di un atto motivato dell'autorità competente idoneo a differire la scadenza della concessione per il solo tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura⁶³.

Il cuore pulsante della riforma va tuttavia ricercato all'interno dei principi e criteri direttivi contenuti nelle deleghe conferite all'Esecutivo. Dopo aver sottolineato la necessità di fissare dei criteri di assegnazione omogenei sulla base dell'equilibrio tra aree demaniali in concessione e aree libere o libere attrezzate⁶⁴, il legislatore è così entrato nel merito della disciplina dei futuri affidamenti disegnando un bilanciamento di massima tra i diversi interessi in gioco. Sul versante generale, infatti, l'obbligo di attivazione di procedure selettive imparziali e trasparenti prima della scadenza delle concessioni già assegnate⁶⁵ e la previsione di una massima partecipazione possibile attraverso il frazionamento delle aree demaniali⁶⁶ sono state controbilanciate da un criterio dal contenuto ampio e indeterminato volto a tenere in «adeguata considerazione» anche gli investimenti dei concessionari⁶⁷. La stessa esigenza di bilanciamento è stata riproposta in occasione dell'individuazione di criteri più puntuali individuati dalla l. 118/2022 ai fini della definizione di una disciplina uniforme delle procedure selettive di affidamento delle concessioni, all'interno delle quali è stata valorizzata – fra gli altri parametri – l'esperienza tecnica e professionale già

⁵⁹ Per esempio, è ragionevole ritenere che anche una maggiore proroga delle concessioni sarebbe stata ben accolta dalle istituzioni europee se accompagnata immediatamente dalla puntuale indicazione dei criteri delle future procedure di selezione e da una programmazione analitica degli adempimenti affidati a regioni e comuni per la mappatura del litorale.

⁶⁰ L. 5 agosto 2022, n. 118, meglio nota come 'legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021'.

⁶¹ Art. 3, comma 1, l. 5 agosto 2022, n. 118.

⁶² Art. 3, comma 3.

⁶³ In ogni caso non successivo al 31 dicembre 2024.

⁶⁴ Art. 4, comma 2.

⁶⁵ Art. 4, comma 2, lett. b).

⁶⁶ Art. 4, comma 2, lett. d).

⁶⁷ Art. 4, comma 2, lett. c).

acquisita nel settore⁶⁸ nonché la possibilità di favorire gli operatori economici che nel quinquennio precedente alla gara avessero utilizzato i proventi della concessione quale prevalente fonte di reddito⁶⁹.

Rimandando un commento sul contenuto della l. 118/2022 a trattazioni più approfondite⁷⁰, in questa fase della trattazione si intende mettere in evidenza come il testo del 2022 avesse una struttura sostanzialmente analoga a quella già utilizzata nei richiamati tentativi di riforma in materia di rinnovo delle concessioni balneari. Come nei precedenti interventi, le disposizioni immediatamente applicabili non hanno fatto altro che introdurre una proroga legislativa (nel caso di specie coincidente con quella artificialmente creata dal Consiglio di Stato), mentre le modifiche realmente rilevanti al fine della risoluzione dei contrasti tra disciplina nazionale ed europea sono state enucleate soltanto sotto forma di principi generali oggetto di delega.

La circostanza per cui lo schema formale della legge del 2022 fosse già stato utilizzato in passato dal legislatore per aggirare le pressioni della Commissione europea⁷¹ non ha impedito di riporre un generale ottimismo sull'intervento. Ciò in funzione non tanto della puntualità dei criteri indicati nella delega legislativa, quanto piuttosto dell'alto grado di affidabilità del Governo delegato dinanzi alle istituzioni europee. Tuttavia, una volta caduto il governo Draghi e sciolte le Camere, la nuova composizione del Parlamento non ha dimostrato una particolare propensione alla tutela degli interessi europei in materia di apertura delle spiagge alla concorrenza, facendo così scadere il termine per l'esercizio delle deleghe previsto per il 27 febbraio 2023⁷².

Così gli stessi interventi che il legislatore ha provato a ostacolare per quasi un ventennio attraverso un'inescusabile inerzia, sono rimasti questa volta incompiuti a causa di un errore riconducibile più alla dimensione strategica che giuridica in senso stretto. La profonda differenza sul piano degli intenti ha tuttavia prodotto il medesimo inescusabile risultato: uno stato di estrema instabilità dei rapporti giuridici incapace di tutelare tanto le esigenze dei concessionari quanto quelle degli aspiranti subentranti. Potrebbe dirsi *'nihil sub sole novum'*, se non fosse che il precedente intervento della Plenaria avesse preventivamente obbligato le amministrazioni a disapplicare direttamente tutte le proroghe successive sulla base di una scadenza ormai divenuta insostenibile.

⁶⁸ Art. 4, comma 2, lett. e), n. 5.1.

⁶⁹ Art. 4, comma 2, lett. e), n. 5.2.

⁷⁰ Sul punto si rimanda all'attenta analisi di F. DI LASCIO, *Le concessioni di spiaggia...*, cit., pp. 1057-1064.

⁷¹ Come già avvenuto in occasione della delega (mai esercitata) contenuta all'interno dell'art. 11, comma 2, legge 15 dicembre 2011, n. 215 volta a individuare «nuovi criteri e modalità di affidamento 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».

⁷² Più precisamente, la delega è stata prorogata al 27 luglio 2023 solo con riferimento alla mappatura del demanio costiero.

6. Verso un'ulteriore proroga nel segno di 'Achille e la tartaruga'

L'avvicinarsi della scadenza del 31 dicembre 2023 – come detto, prima individuata dal Consiglio di Stato e poi tradotta in legge – ha permesso di arricchire la saga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative con una nuova (ma forse non più tanto sorprendente) proroga. In particolare, la recente legge 24 febbraio 2023, n. 14⁷³ ha differito il termine relativo all'efficacia delle concessioni demaniali al 31 dicembre 2024, permettendo di posticipare ulteriormente l'efficacia delle concessioni con atto motivato dall'autorità al 31 dicembre 2025. Nulla di assolutamente irragionevole potrebbe pensarsi, e forse in alcuni casi anche giustificabile sulla base dei 'motivi imperativi di interesse generale' richiamati dalla stessa direttiva Bolkestein⁷⁴, se non fosse per il suo effetto generalizzato e per l'inserimento di un esplicito divieto agli enti proponenti di procedere all'assegnazione dei bandi di gara fino all'adozione dei decreti legislativi attuativi (la cui delega necessaria per la loro attuazione sarebbe scaduta soltanto tre giorni dopo la promulgazione della legge in questione senza essere rinnovata)⁷⁵.

Dopo un iniziale tentennamento immediatamente successivo all'intervento delle sentenze gemelle del Consiglio di Stato, il Parlamento decide così di abbandonare la strategia delle proroghe ultradecennali in favore di un intervento che verrà probabilmente ricordato come una versione moderna del paradosso di Zenone. I principi ispiratori dell'ultima novella legislativa appaiono infatti così riassumibili: che sia di un anno, di un mese o di un giorno le nuove norme sulla concorrenza dovranno inseguire le proroghe del legislatore, ma nel frattempo quest'ultime saranno avanzate di ancora un po' (e così all'infinito, mantenendo intatto lo *status quo*).

Tale ennesimo rinvio agli obblighi europei non è tuttavia passato inosservato. Il Presidente della Repubblica ha infatti promulgato la l. 14/2023 con esplicite riserve dirette a evidenziare la necessità di

⁷³ Legge 24 febbraio 2023, n. 14 di conversione, con modificazioni, del d.l. 29 dicembre 2022, n. 198 recante disposizioni urgenti in materia di termini legislativi. Proroga di termini per l'esercizio di deleghe legislative (c.d. Decreto Milleproroghe).

⁷⁴ Tali motivi sono disciplinati dall'art. 12, par. 3, della direttiva 2006/123/CE, secondo cui «fatti salvi il paragrafo 1 e gli articoli 9 e 10, gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario». Va precisato, tuttavia, che la CGUE ha già avuto modo di chiarire come nell'ambito del rinnovo delle concessioni demaniali con finalità turistico ricreative gli «altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario» la disposizione in potesse trovare applicazione «solo al momento di stabilire le regole della procedura di selezione dei candidati potenziali e fatto salvo, in particolare, l'art. 12, par. 1, di tale direttiva» (§ 54) e dunque non potesse essere utilizzata alla stregua di una giustificazione per legittimare proroghe generalizzate volte ad eludere gli obblighi di gara. D'altro canto, però, va sottolineato come nel medesimo intervento la Corte di Giustizia abbia utilizzato l'art. 12, par. 3, della direttiva Bolkestein (qualificando, per l'effetto, il principio della certezza del diritto come 'motivo di interesse generale') per giustificare proroghe *ad hoc* volte a permettere a singoli concessionari in buona fede di ammortizzare i loro investimenti (§ 71).

⁷⁵ Art. 8, lett. b), nella parte in cui ha aggiunto all'art. 4, comma 4-*bis*, l. 5 agosto 2022, n. 118 il seguente inciso: «[f]ino 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)».

future iniziative volte ad «assicurare l'applicazione delle regole della concorrenza e la tutela dei diritti di tutti gli imprenditori coinvolti, in conformità con il diritto dell'Unione, nonché garantire la certezza del diritto e l'uniforme applicazione della legge nei confronti dei soggetti pubblici e privati che operano in tale ambito»⁷⁶ e, dopo appena poche ore, la Commissione Europea ha annunciato di valutare una «risposta adeguata» all'introduzione di nuove disposizioni dal contenuto incompatibile con il diritto europeo. Ciononostante, il nuovo esecutivo ha ritenuto di poter superare l'*impasse* utilizzando dei toni rassicuranti volti a promettere dei generici interventi in un futuro non ben precisato.

È qui che si inserisce l'ultimo spettacolare colpo di scena nella 'saga' delle concessioni balneari: dopo appena una settimana dalla pubblicazione della richiamata legge la Sesta Sezione Consiglio di Stato ha ritenuto che l'ulteriore proroga prevista dall'art. 10 *quater*, comma 3, del d.l. 198/2022 dovesse essere disapplicata da qualunque organo dello Stato, ritenendo la nuova disciplina in «frontale contrasto» con quella prevista dall'art. 12 della direttiva 2006/123/CE⁷⁷. Così, dopo più di dieci anni dall'affidamento della prima delega al Governo indirizzata a un riordino complessivo del settore balneare, si è tornati all'esatto punto di partenza (o forse ancora più indietro). Fallito l'ultimo tentativo di riforma organica della disciplina dell'affidamento delle concessioni demaniali marittime, e disapplicate le proroghe generalizzate al 31 dicembre 2024, l'intero meccanismo di rinnovo delle concessioni ha trovato esclusivo fondamento nei principi enunciati nello 'statuto pretorio' elaborato dalle sentenze 17-18 del 2021 del Consiglio di Stato.

Il 'diritto liquido' artificialmente creato dalla Plenaria rischia però di evaporare ancor prima della scadenza del termine del 31 dicembre 2023 indipendentemente dall'esito del ricorso proposto dinanzi le Sezioni Unite *ex* art. 118, comma 8, cost. per eccesso di potere o di futuri improbabili interventi della Corte costituzionale⁷⁸ e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea⁷⁹ volti a mettere anche solo in parte in

⁷⁶ Il testo del comunicato è consultabile sul sito del [Quirinale](#).

⁷⁷ Cons. Stato, sez. VI, 1° marzo 2023, n. 2192, nella parte in cui ha stabilito 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».

⁷⁸ La quale ha finora ritenuto di non esprimersi direttamente sulla vicenda ritenendo di dichiarare inammissibile la questione sollevata da alcuni singoli parlamentari senza fornire alcun *obiter dictum* sul «carattere "legislativo" delle sentenze dell'Adunanza plenaria» (cfr. ord. Corte cost., 25 maggio 2022, n. 154).

⁷⁹ *A contrario*, il 20 aprile 2023 quest'ultima è tornata nuovamente sull'incompatibilità tra le proroghe generalizzate della durata delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative e i principi espressi dall'art. 12, parr. 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE a seguito della domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Tar Puglia, Lecce, sez. I, con ord. 11 maggio 2022, n. 743 (CGUE, sez. III, 20 aprile 2023, causa C-348/22). Tra i punti di maggiore interesse affrontati dalla sentenza in esame, la CGUE ha ribadito come le disposizioni contenute nell'art. 12, parr. 1 e 2, della direttiva Servizi fossero enunciate in modo chiaro e sufficientemente preciso da per essere considerate «disposizioni produttive di effetti diretti» (§ 74) e, pertanto, idonee a costituire ai sensi dell'art. 288, comma 3, TFUE un obbligo in capo ai giudici

discussione il *dictum* della Plenaria. Il più evidente limite della giurisprudenza creativa del Consiglio di Stato, indipendentemente da qualsiasi giudizio relativo all'accertamento formale di uno sconfinamento nella sfera legislativa, rimane infatti la sua incapacità di tramutare – attraverso il solo potere di disapplicazione – una decisione politica indirizzata al mantenimento dello *status quo* in una disciplina conforme ai principi dell'art. 12 della Bolkestein.

Il legislatore sembra avere preso infatti una scelta ben ponderata, quella di non aprire il settore balneare al mercato della concorrenza anche a costo di assumersi le responsabilità ricollegate a questa violazione dinanzi alle istituzioni europee⁸⁰, e tale obiettivo sarà presumibilmente perseguito nel prossimo futuro anche senza l'utilizzo di proroghe di facile e immediata disapplicazione.

In altri termini, la politica potrà perseguire i suoi obiettivi utilizzando soluzioni nel tempo sempre più creative. Dal momento che già oggi si riscontrano ingiustificati indennizzi a carico dei subentranti da riconoscere ai concessionari uscenti⁸¹ e criteri volti ad avvantaggiare gli operatori che in passato abbiano utilizzato i proventi della concessione come prevalente fonte di reddito⁸², un domani potrebbero essere introdotte condizioni sostanzialmente ostative all'ingresso nel mercato dei nuovi concessionari. In questo scenario – che sembrerebbe non essere così remoto – ritorna nuovamente l'idea della gara tra 'Achille e la Tartaruga': il tempo impiegato dal giudice amministrativo per accertare il contrasto di simili disposizioni con il diritto europeo, potrebbe essere infatti utilizzato dal legislatore per introdurre altri criteri dal contenuto preclusivo all'ingresso di nuovi operatori.

L'avvicinarsi del termine del 31 dicembre 2023 sembra così preludere uno scenario in cui tra pochi mesi le pubbliche amministrazioni potrebbero ritrovarsi tra l'incudine e il martello. Una parte degli enti coinvolti potrebbe osservare l'obbligo di affidamento tramite gara delle concessioni demaniali marittime imposto dal Consiglio di Stato, ma – in assenza di criteri unitari stabiliti dal legislatore – la discrezionalità di ogni singola amministrazione permetterebbe di utilizzare criteri a favore tanto dei concessionari uscenti quanto di quelli subentranti. Un'altra parte, però, potrebbe spingersi fino a ignorare gli avvisi della giurisprudenza amministrativa limitandosi a 'prendere atto' di proroghe ritenute auto-esecutive.

Nell'infinita 'saga' delle concessioni balneari non sembra dunque scorgersi all'orizzonte nessun lieto fine, ma – in un senso o in un altro – nel prossimo futuro è legittimo aspettarsi ulteriori colpi di scena.

nazionali e alle autorità amministrative (comprese quelle comunali) di disapplicazione delle norme di diritto interno non conformi (§ 79).

⁸⁰ In tale contesto la preoccupazione più grande potrebbe riguardare il mancato pagamento della prossima rata del PNNR da 19 miliardi.

⁸¹ Si veda il criterio disegnato dall'art. 4, comma 2, lett. i), l. 5 agosto 2022, n. 118 volto a definire «criteri uniformi per la quantificazione dell'indennizzo da riconoscere al concessionario uscente, posto a carico del concessionario subentrante».

⁸² Art. 4, comma 2, lett. e), n. 5.2.