Con la ormai nota sentenza n. 18/21 l'Adunanza Plenaria interviene drasticamente sulla delicata materia delle concessioni balneari, facendo chiarezza ed ordine tra le diverse posizioni giurisprudenziali ed, al contempo, imponendo una vigorosa collocazione della materia sotto l'egida dei principi comunitari, segnatamente i principi generali previsti a tutela della concorrenza sanciti in particolare dall' art 49 TFUE nonché dall' art. 12 della Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2006/123/CE del 12 dicembre 2006 c.d. Direttiva Servizi.

La rilevanza della materia e la necessità di fare ordine sul tema paiono evidenti già solo ponendo mente al dato per cui sia stato il Presidente del Consiglio di Stato che deferire la questione alla Plenaria, avvalendosi per la verità di un potere piuttosto inusuale ma, evidentemente, ritenuto opportuno per la centralità della questione rispetto agli organi giudiziari amministrativi ma anche alle Pubbliche amministrazioni, oltre che ai titolari delle concessioni in essere e per la perdurante riluttanza del legislatore nazionale ad intervenire significativamente sulla materia.

Nel dirimere i quesiti sottoposti al proprio giudizio la Plenaria sancisce graniticamente l'incompatibilità rispetto ai dettami comunitari della disciplina nazionale - quella che prevede il rinnovo automatico delle concessioni balneari fino al 31.12.2033 - dovendo il rilascio e/o rinnovo delle medesime concessioni demaniali (lacuali o fluviali) pervenire solo all'esito di una procedura di evidenza pubblica, unico veicolo atto a garantire il rispetto delle regole dettate in ossequio al principio della libertà di concorrenza.

Già, perché le concessioni demaniali a giudizio della Plenaria sono in grado di destare un interesse transfrontaliero certo, ossia di costituire una opportunità di guadagno per operatori degli altri stati membri, rispetto alla cui libertà di stabilimento non si legittima un sistema quale quello italiano "resistente" alla sottoposizione all'evidenza pubblica e più propenso al meccanismo del rinnovo automatico.

Spiega il Supremo Consesso, nel mercato delle concessioni balneari con finalità turistico-ricreative *"la p.a. mette a disposizione dei privati concessionari un complesso di beni demaniali che, valutati unitariamente e complessivamente, costituiscono uno dei patrimoni naturalistici (in termini di coste, laghi e fiumi e connesse aree marittime, lacuali o fluviali) più rinomati e attrattivi del mondo."* In tale mercato il consistente giro di affari, ben superiore rispetto all'entità dei canoni annuali imposti, il possibile ricorso a strumenti come la sub concessione, unitamente alla eccezionale capacità attrattiva del patrimonio costiero italiano unico per conformazione, ubicazione, condizioni climatiche, rappresentano nel loro insieme incontestabilmente un interesse transfrontaliero in grado di destare un'indubbia capacità attrattiva da parte di imprenditori di stati esteri comunitari, con la conseguente inammissibilità della sottrazione alle regole dell'evidenza pubblica per un settore così nevralgico, con le sopradette ricadute in termini di illegittimità della normativa nazionale rispetto all'art 49 TFUE.

La Plenaria sottolinea, inoltre, come l'obbligo di evidenza pubblica discenda anche dalla Direttiva 2006/123 ed in particolare da quanto ivi previsto ex art 12.

La Direttiva impone agli Stati membri di esaminare ed eventualmente semplificare le procedure e i requisiti per svolgere un'attività di servizi. Tale semplificazione riguarda sia l'avvio di attività economica in forma stabile, nel proprio Paese o in un altro Stato membro

dell'Unione europea, sia lo svolgimento di attività economica in modalità transfrontaliera, in regime di libera prestazione dei servizi.

In particolare, per la facilitazione della libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi la Direttiva prevede:

- l'obbligo per gli Stati membri di valutare la compatibilità con la Direttiva dei regimi di autorizzazione applicabili al settore dei servizi, verificando, per la permanenza degli stessi nell'ordinamento nazionale, che essi siano giustificati da motivi imperativi di interesse generale, non discriminatori e proporzionati, e di rispettare taluni principi quanto alle condizioni e procedure di rilascio dei titoli autorizzatori;
- il divieto di taluni requisiti giuridici che esistono nelle legislazioni degli Stati membri e che non possono essere giustificati, ad esempio i requisiti di nazionalità;
- l'obbligo di valutare la compatibilità con la Direttiva di un certo numero di altri requisiti giuridici alla luce dei principi di non discriminazione, necessità, e proporzionalità.

Intorno all'applicabilità di tale Direttiva ruota un tema ampiamente dibattuto circa la sua natura self executing, rispetto alla cui diatriba l'adito Consesso palesa, in piena aderenza agli orientamenti assunti dalla Corte Europea, una chiara adesione alla impostazione che professa l'immediata applicabilità, superando criticamente le tesi contrarie e tutte le argomentazioni ivi sottese.

Non solo. Ad avviso della Plenaria non ha pregio l'analisi fornita da chi sostiene che la concessione demaniale per finalità turistico ricreative non rientrerebbero nella categoria dei provvedimenti di autorizzazione di servizio regolamentata dall'art 12 della Direttiva.

Per i fautori di tale tesi la concessione è un atto che permette solo l'occupazione di un bene pubblico ed è cosa distinta e separata dall'autorizzazione all'attività di servizio prestata dall'impresa turistico balneare. Vi sarebbe quindi una differenza in relazione all'oggetto proprio dei due provvedimenti, ossia la concessione avrebbe ad oggetto l'occupazione di un bene demaniale che è provvedimento diverso dall'autorizzazione al servizio che ha ad oggetto per l'appunto l'attività di stabilimento balneare per finalità turistica - ricreativa.

Tale differenza comporterebbe l'applicabilità del dettato di cui all'art 12 della c.d. direttiva servizi solo in capo all'atto di autorizzazione, escludendone la assoggettabilità del provvedimento di concessione balneare.

Tuttavia, per l'Adunanza Plenaria, in materia di concessioni balneari va prediletta la lettura, in chiave europea, sostanzialistica dell'istituto in esame, lettura *“attenta più che ai connotati giuridico formali, all'effetto economico che è in grado di generare consistendo essa nella possibilità di sfruttamento esclusivo di una risorsa contingentata per svolgervi un'attività economica; vista sotto tale angolo prospettico essa diventa - a prescindere dalla qualificazione giuridica conferitole in ambito nazionale - un provvedimento idoneo a procurare vantaggi economici tali da incidere significativamente sull'assetto concorrenziale del mercato e sulla libera circolazione dei servizi”*.

A fronte di tale lettura l'Adunanza sancisce che *“È allora evidente che il provvedimento che riserva in via esclusiva un'area demaniale (marittima, lacuale o fluviale) ad un operatore economico, consentendo a quest'ultimo di utilizzarlo come asset aziendale e di svolgere, grazie ad esso, un'attività d'impresa erogando servizi turistico-ricreativi va considerato, nell'ottica*

della direttiva 2006/123, un'autorizzazione di servizi contingentata e, come tale, da sottoporre alla procedura di gara.

Inoltre proprio il dato per cui oggetto di concessione sono risorse naturali contingentate rappresenta l'elemento centrale in virtù del quale riconoscere la natura di norma self executing alla medesima Direttiva che, a differenza di quanto pure sostenuto, non appare affatto non sufficientemente dettagliata, dal momento che *"Il livello di dettaglio che una direttiva deve possedere per potersi considerare self-executing dipende, invero, dal risultato che essa persegue e dal tipo di prescrizione che è necessaria per realizzare tale risultato"*.

Nella specie l'obiettivo della direttiva medesima è quello di sottrarre la materia delle concessioni balneari da un regime di automatico rinnovo portandolo a quello dell'evidenza pubblica certamente più idoneo a garantire la *par condicio* tra i soggetti potenzialmente interessati.

SULLA DISAPPLICABILITA' DA PARTE DELLA P.A.

Nella pronuncia in oggetto, l'Adunanza Plenaria dirime anche la questione relativa alla sussistenza o meno dell'obbligatorietà per la PA di non applicare norme anticomunitarie (come quella nazionale sulla rinnovazione automatica delle concessioni balneari).

Ripercorrendo pregressi approdi della Corte Costituzionale e del Consiglio di Stato, richiama l'assunto per cui in un sistema validamente orientato tutti i soggetti dell'ordinamento compresa la Pubblica amministrazione sono tenuti a riconoscere come *"diritto vivente e vincolante"* le norme comunitarie, con conseguente doverosa disapplicazione delle norme interne con esse contrastanti.

Se così non fosse, si legittimerebbe la Pa ad adottare atti illegittimi destinati ad essere annullati in sede giudiziaria con conseguente dispregio del principio di legalità e dell'esigenza di certezza del diritto.

Non trova spazio, nell'impostazione tenuta dal Supremo Consesso, la tutela dell'affidamento dei concessionari, a fronte della esistenza di varie pronunce in tal senso del Consiglio di Stato, oltre che di altre procedure di infrazione poste in essere dagli organi europei contro la disciplina nazionale vigente a far data dal 2008 ed unitamente alla sussistenza di precedenti dichiarazioni di incostituzionalità della Consulta su disposizioni normative regionali aventi ad oggetto proroghe di concessioni demaniali.

A fronte di queste premesse, il Supremo Consesso affronta il secondo quesito postole, ovvero se di fronte ad una norma anticomunitaria viga per la PA un obbligo di autotutela disapplicativa (ossia di annullamento d'ufficio ex art 21 octies L 241/90) e come questo eventuale obbligo si possa conciliare con le ipotesi in cui sullo stesso provvedimento fosse intervenuto un giudicato positivo.

Sul punto pur non rinvenendo un generale dovere disapplicativo in capo alla Pa, ammette (in armonia con gli orientamenti della Corte Europea) una serie di ipotesi in cui in presenza di determinati presupposti possa tuttavia ravvisarsi un dovere disapplicativo seppure in presenza di un giudicato che abbia escluso la illegittimità del provvedimento impugnato.

Tuttavia esclude da queste ipotesi la questione delle concessioni balneari ravvisando nei provvedimenti di rinnovo delle medesime concessioni non tanto un provvedimento amministrativo ma di “un atto meramente ricognitivo di un effetto prodotto automaticamente dalla legge e quindi alla stessa direttamente riconducibile” e spiegando che *“la formulazione letterale dell’art. 1, comma 682, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 non lascia spazio a dubbi, perché la norma direttamente dispone che le concessioni demaniali già rilasciate “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”.*

Di qui la granitica conclusione per cui *“La proroga del termine avviene, quindi, automaticamente, in via generalizzata ed ex lege, senza l’intermediazione di alcun potere amministrativo”* dunque la corretta qualificazione dell’atto di proroga esclude che esso possa catalogarsi come provvedimento amministrativo propriamente inteso ed in quanto tale espressione di potere autoritativo passibile di autotutela, piuttosto ci si trova al cospetto evidentemente di una legge-provvedimento che proroga la durata della concessione.

Tale proroga sussiste allora in forza di quella legge e trova in essa la sua unica fonte regolatrice rispetto alla quale *“l’atto amministrativo che (eventualmente) intervenga ha natura meramente ricognitiva dell’effetto prodotto dalla norma legislativa di rango primario”.*

Corollario di tale assunto è che la proroga disposta in virtù di una norma nazionale anticomunitaria non può che considerarsi *tamquam non esset* ossia come se mai fosse esistita.

Ferma tale ricostruzione, non si pone alcun interrogativo rispetto al potenziale esercizio del potere di autotutela da parte della p.a. che evidentemente deve escludersi non essendo esercitabile su una disposizione di rango normativo primario.

Nella più peculiare ipotesi in cui sull’atto di proroga si fosse costituito un giudicato positivo, chiarisce l’Adunanza, avendo a che fare con rapporti di durata deve trovare applicazione il consolidato principio per cui la sopravvenienza normativa trova applicazione solo per il tempo successivo al giudicato; dunque per la parte di rapporto pubblico successiva alla formazione del giudicato dovrà trovare applicazione la normativa comunitaria che nella specie non ammette la legittimità del rinnovo automatico delle concessioni.

§§§

Affrontati dunque i passaggi molto sinteticamente esposti sin qui, la Plenaria fissa al 31.12.2023 il termine entro cui rimarranno prive di effetti tutte le concessioni in essere, ritenendo sufficiente per l’indizione da parte delle competenti amministrazioni di gare per i nuovi affidamenti delle concessioni balneari l’arco temporale di due anni.

Rimane da dire in conclusione che, il ferreo impianto della pronuncia, per la verità induce a qualche riflessione in ordine alla estensione del proprio tracciato che, inequivocabilmente, porta il Supremo Consesso quasi a sostituirsi al Legislatore nella misura in cui fissa un termine di efficacia di atti di proroga espressamente qualificati come leggi-provvedimento dunque norme di rango primario; sancisce già la non applicabilità di eventuali leggi proroga ove ve ne saranno; fissa le regole da seguire per l’apparato amministrativo nella predisposizione delle future gare spingendosi al limite dello sconfinamento nell’ambito della discrezionalità di cui al p.a. è unica depositaria, forse arrivando molto vicina al limite dei confini del potere giurisdizionale.

Avvocato Mariangela Zupa avvocato Luigi Rispoli