GIUSTIZIA INSIEME

Diritto e Processo Amministrativo

Primissime considerazioni sulla “nuova” disciplina delle concessioni balneari nella lettura dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato

di Francesco Paolo Bello

24 novembre 2021

Primissime considerazioni sulla “nuova” disciplina delle concessioni balneari nella lettura dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato

di Francesco Paolo Bello

Sommario: 1. Premessa. 2. L’attendismo del legislatore e l’interventismo del Consiglio di Stato. Tra interpretazione e creazionismo. 3. L’applicabilità delle regole pro-concorrenziali alle concessioni balneari. 3.1. La sussistenza dell’interesse transfrontaliero. 3.2. La direttiva *Bolkestein* quale misura di liberalizzazione e la non incidenza sulle prerogative nazionali in materia di turismo. 3.3. Il lido del mare quale “*asset aziendale*”. 3.4. La natura auto-esecutiva della direttiva *Bolkestein* e obbligo di disapplicazione della disciplina nazionale da parte della p.A. 4. Le “linee guida” del Consiglio di Stato. 4.1. Disapplicazione della legge anti-comunitaria e insussistenza della responsabilità penale. 4.2. Disapplicazione della legge anti-comunitaria e tutela dell’affidamento del concessionario. 4.3. Insussistenza di un legittimo affidamento dei concessionari. 5. Rimozione degli effetti dell’atto di proroga e autotutela. 5.1. Proroga della

concessione e assenza di potere autoritativo. 5.2. Attività vincolata, potere autoritativo e giurisdizione 5.3. Atto di “rimozione degli effetti della proroga”, principio di legalità e (a)tipicità degli atti amministrativi. 6. Disapplicazione della norma anti-comunitaria e giudicato. 7. Sulla modulazione degli effetti temporali della sentenza. 7.1. Il termine del 31 dicembre 2023 e le prerogative del legislatore.

1. . Premessa

Con la sentenza n. 17 dello scorso 9 novembre 2021 (e con la “gemella” n. 18, rese rispettivamente nell’ambito di giudizi di appello alle sentenze pronunciate da Tar Sicilia – Catania, n. 504/2021 e da Tar Puglia – Lecce, n. 73/2021) l’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato è intervenuta sulla notissima questione del regime giuridico delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative (c.d. “concessioni balneari”).

Si tratta di una decisione ricca di spunti e che si offre come oggetto di studio per i numerosi profili di carattere processuale e sostanziale che vengono in rilievo.

Il presente scritto si propone di accompagnare il lettore in una prima analisi ragionata dei passaggi più rilevanti della sentenza, rinunciando ad approfondimenti di carattere teorico e giurisprudenziale che richiederebbero tempi più distesi e che saranno certamente oggetto di prossime riflessioni della dottrina.

2. L’attendismo del legislatore e l’interventismo del Consiglio di Stato. Tra interpretazione e creazionismo

È il presidente del Consiglio di Stato che, esercitando il potere officioso previsto dall’art. 99, comma 2, c.p.a., ha deferito l’affare alla plenaria in ragione della “*particolare rilevanza economico-sociale*” della questione ed al fine di “*assicurare certezza e uniformità di applicazione del diritto da parte delle amministrazioni interessate nonché uniformità di orientamenti giurisprudenziali*”.

La decisione dell’Adunanza plenaria, dunque, è dichiaratamente rivolta non solo al Giudice amministrativo – chiamato evidentemente a tenerne conto onde garantire *pro futuro* un’uniformità di orientamenti giurisprudenziali – ma anche a tutte le pubbliche amministrazioni

(diverse, ovviamente, dall’appellata) interessate da procedimenti relativi a concessioni balneari.

Sin dal procedimento che ha dato luogo alla pronuncia, caratterizzato da un inusuale atto d’impulso del Presidente del Consiglio di Stato, emerge la volontà del supremo organo di giustizia amministrativa di intervenire in maniera risolutiva in una materia sulla quale il legislatore – nonostante le sollecitazioni derivanti dal diritto dell’Unione, dalla Corte di Giustizia e dalla Commissione europea – ha troppo a lungo serbato una condotta attendista, volta a non modificare nella sostanza il regime giuridico previsto tradizionalmente dall’ordinamento interno.

Il diritto europeo, tuttavia, specie quando si occupa di mercato e di tutela della concorrenza (molto meno, per vero, quando si occupa di diritti fondamentali) possiede una straordinaria capacità di penetrazione negli ordinamenti nazionali e riesce a vincere le resistenze opposte, volta a volta, dai legislatori, dalla giurisprudenza, dalle amministrazioni degli Stati membri.

Nella vicenda che ci occupa i principi pro-concorrenziali propri del diritto europeo – che in maniera quasi carsica hanno tracciato lentamente il proprio percorso nella “materia dura” delle concessioni demaniali – riaffiorano attraverso l’iniziativa del Presidente del Consiglio di Stato e la voce dell’Adunanza plenaria.

Come meglio diremo nel prosieguo, siamo innanzi ad una pronunzia nella quale il Giudice esercita una funzione di supplenza rispetto ad un legislatore neghittoso e crea una *regula juris* che dovrebbe condizionare l’operato futuro delle Amministrazioni e, addirittura, del legislatore.

Si tratta di un ruolo di supplenza non certo nuovo per la giurisprudenza (ed in particolare per il Consiglio di Stato), ma che dovrebbe comunque rivestire il carattere dell’eccezionalità. Nel caso di specie, i Giudici di Palazzo Spada hanno affrontato in maniera innovativa delicati profili problematici di carattere sostanziale e processuale – attinenti, ad esempio, alla natura *self executing* delle direttive, al rapporto tra sentenze della Corte di Giustizia e giudicato nazionale, alla natura degli atti di proroga delle concessioni – sconfinando talvolta nel creazionismo e spingendosi sino ai confini del potere giurisdizionale.

Tali confini, tracciati dalla Costituzione per garantire un ovvio equilibrio tra i poteri dello Stato, paiono, anzi, esser stati superati nella parte in cui l’Adunanza plenaria: a) ha individuato, secondo il proprio apprezzamento degli interessi in gioco, un termine futuro (31.12.2023) a partire dal quale le concessioni cesseranno di produrre effetto (§ 48); b) ha preannunciato i criteri che dovranno essere seguiti nelle gare pubbliche per l’attribuzione delle concessioni (§

49); c) ha addirittura anticipato un giudizio di “*non applicabilità*” di eventuali leggi di proroga che il legislatore, nell’esercizio della propria funzione, dovesse ritenere di introdurre.

3. L’applicabilità delle regole pro-concorrenziali alle concessioni balneari

La questione di fondo attiene alla sussistenza di eventuali profili di contrasto tra la normativa europea e la disciplina nazionale che dispone la proroga automatica e generalizzata fino al 31 dicembre 2033 delle concessioni demaniali in essere (art. 1, commi 682 e 683, legge n. 145 del 2018, nonché art. 182, comma 2, d.l. 19 n. 34/2020).

Il Consiglio di Stato (§ 12) ricorda che la questione è stata già affrontata dalla Corte di Giustizia con la sentenza 14 luglio 2016, in cause riunite C-458/14 e C-67/15 (*Promoimpresa*).

Nell’occasione la Corte ha affermato che: a) l’articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE (c.d. *direttiva Bolkestein*) osta a una misura nazionale che preveda la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati; b) l’articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale che consenta una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentino un interesse transfrontaliero certo.

I principi dettati dalla Corte in *Promoimpresa* sono stati recepiti dalla giurisprudenza nazionale ma, non di meno, sono stati messi in discussione dalla dottrina sotto il profilo della insussistenza dell’ “interesse transfrontaliero certo”, nonché in relazione alla asserita non riconducibilità delle concessioni demaniali alla nozione di “autorizzazione di servizi” e quindi all’ambito di applicazione dell’art. 12 della direttiva.

3.1. La sussistenza dell’interesse transfrontaliero

In riferimento alla sussistenza dell’ “interesse transfrontaliero certo” la plenaria svolge un’analisi sul “*mercato delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative*” (§ 16), ritenendo che i beni demaniali debbano, nella materia in questione, essere “*valutati unitariamente e complessivamente*” senza potersi ammettere un “*artificioso frazionamento*” del patrimonio costiero nazionale.

Da tale premessa discende che la procedura per l'affidamento di una singola concessione demaniale non possa esser considerata in maniera isolata e, pertanto, non sfugge alle regole pro-concorrenziali di derivazione europea.

In altri termini, è proprio la considerazione unitaria dei beni demaniali in questione, che consente al Giudice di ritenere sussistente l '"interesse transfrontaliero".

Ma anche sul punto sembra quasi che il Consiglio di Stato si sia sentito investito del "dovere" di intervenire in un settore nel quale il sistema-paese − per effetto della combinazione di norme primarie e decisioni delle singole amministrazioni − si è reso responsabile di una gestione gravemente inefficiente di una rilevante risorsa pubblica.

Osserva il Collegio che "*il giro d'affari stimato del settore si aggira intorno ai quindici miliardi di euro all'anno, a fronte dei quali l'ammontare dei canoni di concessione supera di poco i cento milioni di euro, il che rende evidente il potenziale maggior introito per le casse pubbliche a seguito di una gestione maggiormente efficiente delle medesime*"; e soggiunge: "*pensare che questo settore, così nevralgico per l'economia del Paese, possa essere tenuto al riparo dalle regole della concorrenza e dell'evidenza pubblica, sottraendo al mercato e alla libera competizione economica risorse naturali in grado di occasionare profitti ragguardevoli in capo ai singoli operatori economici, rappresenta una posizione insostenibile, non solo sul piano costituzionale nazionale [...], ma, soprattutto e ancor prima, per quello che più ci interessa ai fini del presente giudizio, rispetto ai principi europei a tutela della concorrenza e della libera circolazione*" (§ 16).

L'inefficienza del sistema assume rilievo per l'Ad. plenaria non sotto il profilo dei minori introiti per l'erario, quanto piuttosto per il pregiudizio per la libertà di stabilimento e per la libera circolazione dei servizi.

3.2. La direttiva Bolkestein quale misura di liberalizzazione e la non incidenza sulle prerogative nazionali in materia di turismo

Ponendosi in dichiarata continuità con quanto affermato dalla Corte di Giustizia in *Promoimpresa*, il Consiglio di Stato analizza gli argomenti dell'appellante, volti a superare le conclusioni cui era pervenuto il Giudice europeo.

Si afferma così che "*la direttiva 2006/123 deve essere considerata una direttiva di liberalizzazione, nel senso che è tesa ad eliminare gli ostacoli alla libertà di stabilimento e di servizio*" (§ 21) escludendo, dunque, la necessità di una preventiva armonizzazione delle normative nazionali applicabili al settore delle concessioni demaniali.

Inoltre, l'applicazione della direttiva 2006/123 anche alle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreativa è ritenuta non in contrasto con l'art. 195 TFUE, in forza del quale, in materia di turismo, l'Unione europea si limita soltanto ad una politica di accompagnamento, con esclusione di "*qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri*". Sotto tale profilo, l'introduzione di regole pro-concorrenziali anche per le concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative, non inciderebbe sulle prerogative nazionali in materia di turismo: "*il rilascio della concessione rappresenta, infatti, solo una precondizione per l'esercizio dell'impresa turistica (nella specie lo stabilimento balneare), la cui attività, successivamente al rilascio, non è certo governata dalla normativa contenuta nella direttiva*" (§ 23).

3.3. Il lido del mare quale "asset aziendale"

L'Adunanza plenaria, poi, ritiene non condivisibile la tesi secondo la quale le concessioni balneari non potrebbero essere qualificate in termini di autorizzazione di servizi ai sensi dell'art. 12 della direttiva. Muovendo dall' "*ottica funzionale e pragmatica che caratterizza il diritto dell'Unione*" (§ 24), il Giudice nazionale affronta la distinzione, propria del nostro diritto interno, tra concessione (del bene) ed autorizzazione (dell'attività che detto bene include nel processo produttivo).

Osserva, così, che nella prospettiva europea, alla quale la plenaria dichiaratamente aderisce, il provvedimento di concessione "*nella misura in cui si traduce nell'attribuzione del diritto di sfruttare in via esclusiva una risorsa naturale contingentata al fine di svolgere un'attività economica, diventa una fattispecie che, a prescindere dalla qualificazione giuridica che riceve nell'ambito dell'ordinamento nazionale, procura al titolare vantaggi economicamente rilevanti in grado di incidere sensibilmente sull'assetto concorrenziale del mercato e sulla libera circolazione dei servizi*".

Logica conseguenza di siffatta impostazione è 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*".

Si tratta di una prospettiva che certamente mette in crisi la costruzione teorica dello stesso istituto della concessione di beni pubblici: il bene assume rilievo solo in quanto inserito nel processo produttivo aziendale non in quanto oggetto funzionalmente destinato, in una prospettiva di doverosità, ad assolvere un interesse pubblico legato all'*utilitas* ritraibile dal bene

da parte della generalità dei consociati.

Tuttavia, il Consiglio di Stato si mostra attento alle dinamiche proprie di una società in costante evoluzione ed alla realtà degli assetti di rapporti e di interessi inevitabilmente condizionati dalle regole economiche. È innegabile, infatti, che nel reale e concreto atteggiarsi delle concessioni che interessano il lido del mare, le finalità di interesse pubblico sembrano rimanere sullo sfondo o, tuttalpiù, sono richiamate come doveroso ossequio alla natura ed alla funzione che la concessione assolve nell’ordinamento.

Solo così si spiegano le situazioni diffuse di interi tratti di spiaggia di fatto “privatizzati” e sottratti (in concreto) alla pubblica e gratuita fruizione; la frequente assenza, nelle convenzioni accessorie al provvedimento ampliativo, di obblighi particolarmente stringenti di tutela del bene pur a fronte dei gravi fenomeni di erosione che affliggono sempre più il litorale; gli importi irrisori dei canoni concessori, con grave pregiudizio per l’interesse pubblico riguardato sotto il profilo economico. Se, in altri termini, le concessioni balneari non assolvono più (e da tempo) a quell’interesse pubblico che costituisce il fondamento teorico dell’istituto concessorio, sembra corretto, anche in una logica sostanzialista, assoggettare lo sfruttamento economico del bene alle regole della concorrenza (e, dunque, alla liberalizzazione dei servizi), eliminando situazioni di vantaggio o addirittura di privilegio per taluni operatori economici, che si sono cristallizzate nel tempo ma che non hanno ragione di persistere.

3.4. La natura auto-esecutiva della direttiva Bolkestein e obbligo di disapplicazione della disciplina nazionale da parte della p.A

La sentenza afferma la natura auto-esecutiva dell’art. 12 della direttiva *Bolkestein* e da tale presupposto fa discendere l’illegittimità della disciplina nazionale (che prevede la proroga *ex lege* fino al 2033) e l’obbligo di disapplicazione della stessa.

La natura *self executing* della disposizione è data quasi per scontata e non è oggetto di approfondimento nell’argomentare del Consiglio di Stato (§ 26-27) che, al contrario, si sofferma sull’obbligo di disapplicazione della norma da parte dell’autorità amministrativa.

Il principio di primazia del diritto dell’Unione, come è noto, è stato esplicitato per la prima volta dalla Corte di giustizia nella sentenza *Costa* (15 luglio 1964, in causa 6/64, *Costa c. Enel*), per poi essere declinato nell’obbligo di disapplicazione delle norme interne in contrasto con il diritto Ue (13 luglio 1972, in causa 48/71, *Commissione c. Italia*), quindi espressamente riferito all’autorità giudiziaria (9 marzo 1978, in causa 106/77, *Simmenthal*) ed agli organi dell’Amministrazione (22 giugno 1989, in causa C-103/88, *Fratelli Costanzo*). Evidentemente non è in discussione l’astratta

applicabilità di siffatto principio, sulla quale esistono "*orientamenti giurisprudenziali (elaborati dai giudici europei e nazionali) [...] consolidati e granitici*". La questione che presenta profili più problematici attiene all'obbligo di disapplicazione da parte della p.A. delle disposizioni nazionali in contrasto non già con i regolamenti Ue, ma con le direttive *self executing*.

Il Tar Puglia – Lecce, con sentenza n. 1341/2020 (richiamata nella sentenza resa dal Tar Sicilia – Catania, n. 504/2021 ed impugnata innanzi al Consiglio di Stato nel giudizio che ha occasionato la pronuncia in commento), attraverso un ragionamento articolato e non privo di suggestioni, aveva negato la sussistenza di un obbligo di disapplicazione da parte della p.A. della legge italiana in contrasto con la direttiva.

In particolare, il Tribunale leccese ha evidenziato che la disapplicazione della legge presuppone un'attività di esegesi della norma, da svolgersi secondo le note regole dell'interpretazione. Si tratta di regole, osserva il Giudice, che possono condurre anche ad un'interpretazione abrogativa che, tuttavia, presenta profili di particolare criticità in quanto "*può condurre ad una violazione delle regole, dei ruoli e delle competenze attribuiti dall'ordinamento rispettivamente al Giudice e al Legislatore*".

Ma "*proprio in ragione della delicatezza e complessità della interpretazione abrogativa*" − nel nostro caso finalizzata alla disapplicazione della norma − l'ordinamento nazionale, laddove il contrasto ricorra con riferimento ad una norma della Costituzione, attribuisce al Giudice la facoltà di sospendere il giudizio e rimettere gli atti alla Corte Costituzionale; simmetricamente, osserva il Tar Lecce, "*l'ordinamento euro-unionale, proprio in vista dell'eventuale disapplicazione da parte del giudice della norma nazionale in conflitto con la norma comunitaria, attribuisce allo stesso il potere di sospensione del giudizio e di rinvio pregiudiziale degli atti alla Corte di Giustizia*".

Dall'assenza di qualsivoglia potere per l'Amministrazione pubblica di rimettere alla Corte costituzionale (o alla Corte di Giustizia) la questione di legittimità (costituzionale o "comunitaria") di una norma di legge, il Tar Lecce desume l'obbligo per la p.A. di applicare la legge nazionale e di adottare provvedimenti coerenti con la stessa. Di contro, ammettendo il potere/dovere delle p.A. di disapplicare la norma interna anti-comunitaria si determinerebbe " *una situazione caotica ed eterogenea, nonché caratterizzata in ipotesi da disparità di trattamento tra gli operatori a seconda del comune di riferimento*".

La tesi pone in evidenza come l'obbligo di disapplicazione in capo alla p.A. della norma nazionale in (presunto) contrasto con una norma Ue anche non direttamente ed immediatamente applicabile finisca per costituire un rilevante fattore di incertezza. In nome

dell'esigenza di garantire l'uniforme applicazione del diritto europeo da parte di tutti gli organi degli Stati membri si rimette una complessa attività di esegesi a soggetti che, per la stessa funzione che assolvono nell'ordinamento, potrebbero non avere le competenze necessarie a garantire una lettura uniforme e giuridicamente corretta delle disposizioni.

L'Adunanza plenaria, in proposito, ritiene che la tesi della non disapplicabilità da parte della p.A. della legge in contrasto con una direttiva *self-executing* cada in una contraddizione logica (§ 34.3): se pure si ammettesse "*che la legge in contrasto con la direttiva self-executing non sia disapplicabile dalla p.A. ma solo dal giudice, rimarrebbe fermo che l'atto amministrativo emanato in base ad una legge poi riconosciuta anti-comunitaria in sede giurisdizionale sarebbe comunque illegittimo e, come tale, andrebbe annullato* [...] *immaginare un'Amministrazione 'costretta' ad adottare atti comunitariamente illegittimi e a farlo in nome di una esigenza di certezza del diritto (legata all'asserita difficoltà di individuare le direttive self-executing) appare una contraddizione in termini*".

La tesi non pare del tutto persuasiva.

Ed in vero è il legislatore che, in prima battuta, deve evitare situazioni di possibile contrasto tra norma interna anti-comunitaria e direttiva *self executing*, recependo tempestivamente e puntualmente la direttiva attraverso una norma interna. Qualora per effetto dell'inerzia del legislatore, si verifichi una situazione di (ipotetico) contrasto tra il diritto nazionale e la disposizione di una direttiva auto-esecutiva, pare ragionevole che la soluzione sia rimessa alla Giurisdizione nel suo complesso ("*che – attraverso il ricorso ai mezzi di impugnazione ordinaria e straordinaria – garantisce uniformità di applicazione della norma sul territorio nazionale*", Tar Lecce, n. 1341/2020) e non già alle singole amministrazioni.

L'inerzia e l'inottemperanza del legislatore agli obblighi di recepimento rischierebbero di divenire "croniche" − specie in materie, come quella in esame, che involgono interessi economici rilevanti e quindi scelte politiche potenzialmente impopolari − se si delegasse alle Amministrazioni (prima ancora che al giudice) il compito di risolvere le aporie determinate dalla neghittosità del Parlamento.

Ritenere sussistente in capo alla p.A. l'obbligo di disapplicazione della norma interna in contrasto con la direttiva auto-esecutiva, significa indirettamente chiamare le Amministrazioni a svolgere un compito (di uniformare il diritto interno a quello dell'Unione) che è proprio del legislatore e che questi dovrebbe esercitare difendendo le proprie prerogative.

La crisi del sistema rischia così di scaricarsi sul potere esecutivo non meno che su quello giurisdizionale (chiamato da tempo ad un ruolo di supplenza) e di minare alcuni pilastri dell’assetto ordinamentale.

D’altra parte, non è privo di significato che il Consiglio di Stato, pur affermando la diretta disapplicabilità da parte della p.A. delle norme nazionali in contrasto con la direttiva *Bolkestein*, abbia sentito comunque il bisogno di fornire, con la sentenza in commento, delle “linee guida” per le Amministrazioni, onde scongiurare il rischio derivante da un’atomizzata applicazione del diritto europeo rimessa all’apprezzamento ed all’autonomia dei singoli enti.

4. Le “linee guida” del Consiglio di Stato

Chiarito che “*la legge nazionale in contrasto con una norma europea dotata di efficacia diretta, ancorché contenuta in una direttiva self-executing, non può essere applicata né dal giudice né dalla pubblica amministrazione*” (§ 36) − e che, quindi, la normativa italiana sulla proroga delle concessioni balneari deve essere disapplicata siccome in contrasto con l’art. 12 della direttiva − il Consiglio di Stato si fa carico di attenuare l’impatto della propria decisione sugli operatori economici e sulle Amministrazioni attraverso una serie di considerazioni che esulano dal *thema decidendum*.

Alcuni passaggi della sentenza, infatti, non rispondono in alcun modo ai quesiti posti dal decreto di deferimento all’Adunanza plenaria e riflettono un evidente intento didascalico del Collegio.

4.1. Disapplicazione della legge anti-comunitaria e insussistenza della responsabilità penale

A tal proposito, sembra che il Consiglio di Stato abbia quasi voluto rassicurare gli operatori economici titolari di concessioni prorogate − i cui interessi sono pesantemente incisi dai principi enunciati nella sentenza in commento − allorquando ha affermato che la disapplicazione della legge, sebbene faccia venir meno il titolo che legittima l’occupazione del suolo demaniale, “*non può in alcun modo avere conseguenze in punto di responsabilità penale, per la semplice ragione che il diritto dell’Unione non può mai produrre effetti penali diretti* in malam partem” (§ 37).

4.2. Disapplicazione della legge anti-comunitaria e tutela dell’affidamento del concessionario

Secondo l'Adunanza plenaria, alla disapplicazione della legge nazionale da parte della p.A. non osta neanche l'esigenza di tutelare l'affidamento del concessionario.

Sotto il profilo teorico la questione attiene alla possibilità di contemperamento tra il principio di "legalità comunitaria" e le esigenze di stabilità degli effetti del provvedimento, in particolare in relazione alla necessità di garantire l'affidamento generato in capo all'operatore economico.

Il Collegio chiarisce, anzitutto, che l'eventuale affidamento (ove legittimamente sorto in capo al concessionario) non potrebbe mai determinare il perdurare degli effetti della proroga automatica anti-comunitaria, ma, tutt'al più potrebbe trovare tutela attraverso la previsione di regole adeguate nell'ambito della gara da indire dopo la declaratoria di inefficacia della concessione prorogata.

Infatti, ai sensi dell'art. 12, comma 3, della direttiva, nello stabilire le regole della procedura di selezione, gli Stati membri possono tener conto di "*motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario*", tra i quali rientra, secondo la Corte di Giustizia, anche la tutela del legittimo affidamento. In *Promoimpresa*, infatti, la Corte aveva sottolineato che "*una giustificazione fondata sul principio della tutela del legittimo affidamento richiede una valutazione caso per caso che consenta di dimostrare che il titolare dell'autorizzazione poteva legittimamente aspettarsi il rinnovo della propria autorizzazione e ha effettuato i relativi investimenti. Una siffatta giustificazione non può pertanto essere invocata validamente a sostegno di una proroga automatica istituita dal legislatore nazionale e applicata indiscriminatamente a tutte le autorizzazioni in questione*" (§ 56).

E così l'Adunanza plenaria, dopo aver circoscritto la rilevanza (in astratto) dell'affidamento al solo ambito delle regole di una gara che andrà comunque indetta, lascia intravvedere, ancorché in filigrana, come nella vicenda della proroga *ex lege* delle concessioni balneari, in realtà, gli operatori economici difficilmente potranno invocare un affidamento meritevole di tutela.

Osserva infatti il Collegio che "*qualora un operatore economico prudente e accorto sia in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi, egli non può invocare il beneficio della tutela del legittimo affidamento nel caso in cui detto provvedimento venga adottato" (Corte di giustizia, 14 ottobre 2010, C-67/09)*" (§ 38).

4.3. Insussistenza di un legittimo affidamento dei concessionari

Secondo il Consiglio di Stato l'affidamento "legittimo" – e dunque idoneo a paralizzare l'effetto della direttiva *Bolkestein* o almeno suscettibile di esser ponderato nell'esercizio dell'autotutela – non sussisterebbe "nella *materia* in esame" (non "nel caso specifico" portato alla cognizione del

Collegio, ma nell’intera “materia”!) e tanto per molteplici ragioni (§ 38.1, 38.2):

1) già prima della direttiva parte della giurisprudenza aveva rilevato criticamente l’assenza di una procedura competitiva per l’assegnazione di tali concessioni;

2) a partire dal 2008 era stata avviata una prima procedura di infrazione, su segnalazione dell’AGCM;

3) con numerose pronunce rese a partire dal 2010 la Consulta aveva dichiarato costituzionalmente illegittime (per violazione dei principi nazionali ed europei attinenti alla concorrenzialità del mercato ed alla libertà di stabilimento) le leggi regionali che ammettevano la proroga delle concessioni.

In altri termini le plurime procedure di infrazione, l’adozione della direttiva *Bolkestein*, la giurisprudenza della Corte di Giustizia, della Corte costituzionale, del Giudice amministrativo, non potevano consentire all’operatore economico di confidare sulla stabilità degli assetti determinati dal provvedimento ampliativo e dall’atto di proroga.

D’altro canto, anche la Corte costituzionale ci ricorda che “*il valore del legittimo affidamento riposto nella sicurezza giuridica trova sì copertura costituzionale nell’art. 3 Cost., ma non già in termini assoluti e inderogabili [...] La posizione giuridica che dà luogo a un ragionevole affidamento nella permanenza nel tempo di un determinato assetto regolatorio deve risultare adeguatamente consolidata, sia per essersi protratta per un periodo sufficientemente lungo, sia per essere sorta in un contesto giuridico sostanziale atto a far sorgere nel destinatario una ragionevole fiducia nel suo mantenimento*” (31 marzo 2015, n. 56, punto 4.1. in diritto).

Nel caso del rinnovo delle concessioni balneari il quadro ordinamentale era tale per cui un operatore economico diligente avrebbe probabilmente potuto prevedere l’introduzione di un assetto regolatorio che rendesse inefficace le concessioni adottate (e le relative proroghe) in assenza di procedure comparative.

Ma se, come pare, il Consiglio di Stato non ritiene sussistente un affidamento “legittimo” in capo ai concessionari uscenti, l’affermazione secondo la quale “*l’indizione di procedure competitive per l’assegnazione delle concessioni dovrà* [...] *essere supportata dal riconoscimento di un indennizzo*” (§ 49) sembra inserita più per mitigare lo scontento dei concessionari che per dettare una regola in concreto applicabile; una “promessa” dell’indennizzo aleggia senza essere destinata a concretizzarsi.

È lo stesso Giudice, infatti, a ribadire che l’indennizzo dovrà essere riconosciuto “*ove ne ricorrano i presupposti*”, presupposti che, tuttavia nella tormentata e risalente vicenda delle proroghe delle concessioni balneari non possono in concreto ritenersi sussistenti proprio perché era chiaro da tempo che le “soluzioni tampone” perseguite dal legislatore italiano erano fortemente sospettate di essere illegittime.

Non è un caso che il Collegio ricordi come proprio in virtù del principio di certezza del diritto (cui la tutela dell’affidamento si correla) la Corte di Giustizia abbia sì ammesso un “periodo transitorio” nella risoluzione di una concessione, ma in relazione ad una concessione attribuita nel 1984, “*quando non era ancora stato dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo avrebbero potuto essere soggetti a obblighi di trasparenza*”.

5. Rimozione degli effetti dell’atto di proroga e autotutela

Con il decreto presidenziale di deferimento, l’Adunanza plenaria era stata chiamata anche a chiarire se, in adempimento dell’obbligo di disapplicazione, “*l’amministrazione dello Stato membro sia tenuta all’annullamento d’ufficio del provvedimento emanato in contrasto con la normativa dell’Unione europea o, comunque, al suo riesame ai sensi e per gli effetti dell’art. 21-octies della legge n. 241 del 1990, nonché se, e in quali casi, la circostanza che sul provvedimento sia intervenuto un giudicato favorevole costituisca ostacolo all’annullamento d’ufficio*”.

5.1. Proroga della concessione e assenza di potere autoritativo

Per rispondere al quesito, il Collegio muove dalla natura giuridica dell’atto di proroga adottato e sul quale l’Amministrazione sarebbe chiamata a pronunciarsi per effetto della sentenza oggi in commento.

Sul punto l’Adunanza plenaria ritiene che l’atto di proroga “*sia un atto meramente ricognitivo di un effetto prodotto automaticamente dalla legge e quindi alla stessa direttamente riconducibile*”: sarebbe la legge e non l’atto amministrativo ad aver determinato l’effetto di posticipare la cessazione degli effetti della concessione al 31 dicembre 2033.

L’eventuale atto amministrativo di proroga, pertanto, non costituirebbe la fonte della modificazione della sfera giuridica del destinatario, ma si limiterebbe a dichiarare un effetto voluto e prodotto *ex se* dalla legge.

L’atto ricognitivo, peraltro, non sarebbe espressione “*del potere autoritativo riconosciuto alla soggettività pubblica, pur essendo comunque riconducibile alla posizione dell’Amministrazione all’interno dell’ordinamento giuridico generale*” (§ 43). L’atto di proroga, nell’accennata prospettazione, sarebbe funzionale “*a rappresentare il verificarsi di un fatto (la proroga) con un grado di certezza che consente alla collettività di fare affidamento su di esso*”.

Le ragioni di speditezza dei traffici − che sottendono all’esercizio di una funzione volta ad immettere certezza nell’ordinamento attraverso l’atto (non provvedimentale) di proroga − fonderebbero la doverosità di un atto con il quale si attesti che la concessione è soggetta ad un diverso termine di scadenza quale effetto della disapplicazione della legge che tale proroga aveva disposto.

In altri termini l’atto emanato in seconda battuta non sarebbe espressione di un potere di autotutela: “*il potere di autotutela quale potere di regolamentare una seconda (*rectius *“ulteriore”) volta, in aderenza al principio di buon andamento e continuità dell’azione amministrativa, il rapporto di diritto pubblico (e l’interesse pubblico ad esso sotteso) presuppone detto potere di regolamentazione che, come sopra evidenziato, è stato invece avocato a sé dal legislatore. In altre parole, il provvedimento di secondo grado in cui si esprime l’autotutela non può avere ad oggetto una disciplina contenuta nella legge*” (§ 43).

5.2. Attività vincolata, potere autoritativo e giurisdizione

Le argomentazioni del Consiglio di Stato si muovono sul terreno (per vero alquanto impervio) del rapporto tra potere autoritativo e attività vincolata.

Il terreno appare impervio perché secondo una parte della giurisprudenza, la natura vincolata dell’atto e l’assenza di discrezionalità (sia tecnica che amministrativa), comporterebbero l’assenza di un potere autoritativo in capo all’Amministrazione e, dunque, la sussistenza della giurisdizione del Giudice ordinario. Di recente, ad esempio, si è affermato (in relazione ad un’attività di certificazione di un credito) che se “*all’amministrazione non compete alcuna discrezionalità né amministrativa, né tecnica, bensì soltanto il compito di verificare la sussistenza dei requisiti prescritti per la certificazione*”, l’attività posta in essere dall’amministrazione non è di tipo autoritativo ma meramente ricognitiva e certificativa (non costitutiva), sicché rispetto all’atto di “annullamento d’ufficio” del relativo certificato, non sussisterebbe la giurisdizione del g.a. (Tar Sicilia – Palermo, sez. I, n. 1763/2021).

Nel giudizio d’appello, il C.G.A.R.S. ha ritenuto, al contrario, sussistente la giurisdizione amministrativa: “*la circostanza che il potere amministrativo sia vincolato – e cioè che il suo*

*esercizio sia predeterminato dalla legge nell’*an *e nel* quomodo *– non trasforma il potere medesimo in una categoria civilistica, assimilabile ad un diritto potestativo, ove l’Amministrazione eserciti una funzione di verifica, controllo, accertamento tecnico dei presupposti previsti dalla legge, quale soggetto incaricato della cura di interessi pubblici generali, esulanti dalla propria sfera patrimoniale: il potere vincolato, dunque, resta comunque espressione di ‘supremazia’ o di ‘funzione’, con il corollario che dalla sua natura vincolata derivano conseguenze non sul piano della giurisdizione, ma su quello delle tecniche di tutela*” (13 settembre 2021, n. 802).

La dottrina si sta già interrogando sull’impatto della decisione dell’Adunanza plenaria sul dibattuto tema dei limiti della giurisdizione del g.a. in relazione all’atto vincolato (sul quale, cfr., tra le tante, Ad. plen. n. 8/2007) adombrando la possibilità che la sentenza in commento sia affetta da “eccesso di potere giurisdizionale”.

Ma tale approdo teorico non è privo di conseguenze pratiche: la sentenza in commento potrebbe, sotto tale profilo, essere suscettibile di sindacato innanzi alla Corte di Cassazione, aprendo così un possibile varco nel muro eretto dal Consiglio di Stato intorno alla propria decisione.

5.3. Atto di “rimozione degli effetti della proroga”, principio di legalità e (a)tipicità degli atti amministrativi

Una possibile spiegazione dell’impostazione seguita dalla Plenaria può rinvenirsi nella volontà di sottrarre l’azione amministrativa, nella materia che ci occupa, al potere di autotutela decisoria con i suoi limiti legali di recente introduzione. Ed infatti, negando che l’atto di proroga abbia natura provvedimentale (negando, dunque, che alla base della proroga vi sia un potere autoritativo suscettibile di una riedizione per effetto della disapplicazione della legge anti-comunitaria) si arriva ad escludere che lo stesso possa essere oggetto di annullamento d’ufficio o di revoca.

Qualora alla proroga si riconoscesse natura provvedimentale, infatti, due sarebbero le strade astrattamente configurabili per pervenire alla eliminazione degli effetti durevoli della stessa: 1) i provvedimenti di proroga adottati prima di *Promoimpresa* potrebbero essere oggetto di una revoca fondata sulla sopravvenienza normativa (rappresentata dalla sentenza della Corte) e sull’interesse pubblico all’uniforme applicazione del diritto europeo sopravvenuto; 2) i provvedimenti successivi a *Promoimpresa* potrebbero esser annullati d’ufficio per violazione del diritto europeo siccome interpretato dalla Corte.

In entrambi i casi il potere di autotutela decisoria dell’Amministrazione incontrerebbe i limiti stringenti dettati dall’ordinamento.

In caso di revoca l’Amministrazione dovrebbe anzitutto fornire adeguata motivazione (in ordine alla prevalenza dell’interesse pubblico all’eliminazione degli effetti del provvedimento sull’interesse del concessionario alla conservazione degli stessi) ma, soprattutto, dovrebbe indennizzare il pregiudizio patito dai concessionari.

Per altra via, il provvedimento di annullamento d’ufficio non solo dovrebbe dar conto dell’interesse pubblico in concreto (differente rispetto all’interesse al mero ripristino della legalità euro-unitaria violata), ma dovrebbe essere adottato nel termine di 12 mesi, schiudendo comunque la strada al risarcimento del danno ingiusto patito dal concessionario.

Quale che sia la ragione, dobbiamo registrare come a fronte di un quesito puntuale formulato (nel decreto di deferimento) in ordine all’applicabilità dell’art. 21 *octies* l. n. 241/1990 all’atto di “riesame”, l’Adunanza plenaria sia rimasta sfuggente allorché ha affermato che “*non vengono al riguardo in rilievo i poteri di autotutela decisoria della p.A. in quanto l’effetto di cui si discute è direttamente disposto dalla legge, che ha nella sostanza legificato i provvedimenti di concessione prorogandone i termini di durata*”, tradendo il suo intento allorquando precisa che “ *l’Amministrazione non esercita alcun potere di autotutela (con i vincoli che la caratterizzano)*”.

Per altra via resta oscura la natura giuridica dell’atto “successivo” che l’Amministrazione dovrebbe adottare per “*rendere pubblica l’inconsistenza oggettiva dell’atto ricognitivo eventualmente già adottato e di comunicarla al soggetto cui è stato rilasciato detto atto*” (§ 43). Ma questa “oscurità” non è priva di conseguenze sul piano giuridico se si pone mente al principio di tipicità degli atti amministrativi.

Appare, infatti, in contrasto con il principio di tipicità e nominatività la previsione giurisprudenziale di un atto che “attesta” il mutamento del diritto applicabile e “dichiara” che un atto precedente ha cessato *ex lege* di produrre effetti ad una certa data.

6. Disapplicazione della norma anti-comunitaria e giudicato

In ordine agli effetti della disapplicazione della legge nazionale sulle sentenze aventi ad oggetto la proroga delle concessioni, il ragionamento del Consiglio di Stato si apre con un richiamo ai “ *principi di certezza e stabilità del diritto e dei rapporti giuridici di cui è espressione la* res iudicata”. Ricorda, infatti, il Collegio che “*il diritto europeo non impone a un giudice nazionale di non applicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto*

dell’Unione da parte di tale decisione”.

Tuttavia nella notissima sentenza *Kühne&Heitz* (13 gennaio 2004, in causa C-453/00) la Corte ha individuato precise condizioni in presenza delle quali il principio di leale collaborazione di cui all’art. 10 TCE (oggi art. 4 del Trattato sull’Unione) impone all’autorità amministrativa, investita di un’istanza, di riesaminare il provvedimento definitivo, alla luce dell’interpretazione del diritto europeo accolta dalla Corte di giustizia dopo l’acquisizione del carattere della definitività della statuizione amministrativa a seguito della formazione del giudicato.

In quella giurisprudenza europea il declamato principio di “certezza del diritto” − che fonda il principio dell’intangibilità del giudicato − cede il passo all’addotta esigenza di uniforme applicazione del diritto europeo (siccome riveniente dall’interpretazione della Corte di giustizia).

La “certezza del diritto” sembra cadere, in tal modo, sotto i colpi del principio della “leale collaborazione”, piegata − come può forse apparire scontato, in considerazione dell’origine storica e della ancor attuale inclinazione della politica generale dell’Unione − agli interessi tipici del mercato.

Nella sentenza in commento il Consiglio di Stato sancisce la prevalenza del diritto europeo non solo nella vicenda portata alla cognizione del g.a. nel caso specifico, ma anche in tutti i casi in cui sia già intervenuto un giudicato favorevole al concessionario demaniale.

Secondo il Collegio “*in seguito al rinnovo della concessione demaniale nasce (o prosegue) un rapporto di durata*” sicché vi sarebbe una parte di tale rapporto (quella successiva all’adozione della sentenza favorevole per il concessionario), che non sarebbe coperta dal giudicato e rispetto alla quale dovrebbe trovare applicazione la sopravvenienza normativa “*cui è equiparabile, appunto, la sentenza interpretativa della Corte di giustizia*”.

Ma anche volendo equiparare *tout court* (ai fini dell’incidenza dello *jus superveniens* su un rapporto di durata) la sentenza della Corte all’atto normativo, appaiono non adeguatamente esplorate le ricadute di tale opzione ermeneutica.

L’assetto delineato dal provvedimento (*recte* “atto ricognitivo”) di proroga, infatti, appare rafforzato dal giudicato formatosi in ordine alla legittimità dello stesso.

Resta da chiedersi quale atto dovrebbe adottare l’Amministrazione competente qualora volesse privare di effetti il provvedimento di durata così formatosi (e confermato dalla statuizione del Giudice intervenuta prima di *Promoimpresa*). Il che ci riporta alle considerazioni svolte in punto di autotutela nel paragrafo che precede.

Ma la tesi del Consiglio di Stato appare ancor meno convincente in relazione alle sorti dei rapporti di durata sui quali si sia formato un giudicato non già prima della “sopravvenienza normativa”, ma dopo la sentenza della Corte di Giustizia (*Promoimpresa* del 14 luglio 2016).

In altri termini se il Giudice amministrativo ha deciso una controversia dopo il 14 luglio 2016 in senso difforme dagli insegnamenti di *Promoimpresa*, non può certo sostenersi che i principi enunciati dalla Corte costituiscono *jus superveniens* idoneo a travolgere il giudicato.

Almeno in questi casi, dunque, il giudicato favorevole alle proroghe concesse non dovrebbe essere travolto dal diritto europeo (pre-esistente, ma evidentemente non applicato dal giudicante).

Ma l’Adunanza plenaria ritiene *sic et simpliciter* che anche in questo caso si produrranno gli effetti della non applicazione della normativa in esame.

La soluzione delineata è giustificata attraverso il richiamo al “*ruolo che svolge la presente pronuncia in punto di certezza del diritto relativo alle concessioni balneari sul territorio italiano, ruolo reso evidente, da un lato, dal deferimento d’ufficio della questione da parte del Presidente del Consiglio di Stato di cui al decreto n. 160 del 2021, dato il notevole impatto sistemico della questione e la rilevanza del rapporto tra il diritto nazionale e il diritto dell’Unione, e considerata la particolare rilevanza economico-sociale che rende opportuna una pronuncia della Adunanza plenaria “onde assicurare certezza e uniformità di applicazione del diritto da parte delle amministrazioni interessate nonché uniformità di orientamenti giurisprudenziali”; e, dall’altro lato, dalla graduazione temporale degli effetti della presente pronuncia*” (§ 50).

Il Giudice in questo caso non ricerca la regola nella disposizione, ma “crea” una regola che pone in tensione principi angolari dell’ordinamento, quali l’intangibilità del giudicato e la soggezione del giudice, nell’esercizio della propria funzione, “soltanto” alla legge.

7. Sulla modulazione degli effetti temporali della sentenza

Il Consiglio di Stato si è, evidentemente, sentito investito del compito di disciplinare la materia a fronte di un “riordino” sempre preannunciato dal legislatore ma mai attuato.

Consapevole degli effetti dirompenti che la propria decisione è destinata a produrre nel settore, la Ad. plenaria decide di modularli nel tempo. E così, muovendosi lungo il crinale che corre tra “ *situazione di sicura incertezza, che sarebbe ulteriormente alimentata dall’improvvisa cessazione di*

tutti i rapporti concessori in atto” in “*un quadro di incertezza normativa*” e “*principio di certezza del diritto*”, si dispone che gli effetti della sentenza si producano dopo il 31 dicembre 2023.

Volendo fornire certezza si deroga al principio in forza del quale gli effetti della sentenza di annullamento si producono *ex tunc*.

Si ribadisce, così, la vigenza di un ulteriore elemento di incertezza rappresentato dalla modulabilità da parte del giudice degli effetti temporali della sentenza, ammessa dalla giurisprudenza allorquando vi sia “*il rischio di ripercussioni economiche o sociali gravi, dovute, in particolare, all’elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base di una diversa interpretazione normativa sempre che risulti che i destinatari del precetto erano stati indotti ad un comportamento non conforme alla normativa in ragione di una obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni*” (Ad. plen. n. 13/2017, che richiama Corte di Giustizia, 15 marzo 2005, in C-209/03).

La *prospective overruling* costituisce una risposta giurisprudenziale ad esigenze di tutela anche dell’affidamento ingeneratosi per effetto di un quadro di incertezza giuridica.

Nel caso che ci occupa, tuttavia, il Consiglio di Stato ha ritenuto non sussistente un affidamento meritevole e idoneo a paralizzare gli effetti dell’applicazione della direttiva (§ 38), ma, in modo contraddittorio, dispone l’applicabilità solo *pro futuro* del principio di diritto, fondandola proprio sull’esigenza di mitigare gli effetti della decisione su rapporti pregressi “*costituiti in buona fede*”.

7.1. Il termine del 31 dicembre 2023 e le prerogative del legislatore

A proposito dello slancio creazionista che sembra emergere in alcuni passaggi della sentenza in commento, occorre sottolineare che l’individuazione del termine del 31 dicembre 2023 è frutto di una valutazione degli interessi in gioco del tutto disancorata dal dato normativo.

È il Consiglio di Stato a ritenere che il lasso temporale di circa due anni sia: a) “*congruo rispetto all’esigenza funzionale di espletare le gare e di evitare il significativo impatto economico e sociale che altrimenti deriverebbe dall’improvvisa decadenza dei rapporti concessori in essere*”; b) non “*elusivo dell’obbligo di adeguamento della realtà nazionale all’ordinamento comunitario*”; c) adeguato rispetto al fine di “*consentire a Governo e Parlamento di approvare doverosamente una normativa che possa finalmente riordinare la materia e disciplinare in conformità con l’ordinamento comunitario il sistema di rilascio delle concessioni demaniali*” (§ 47).

Il Giudice seleziona gli interessi rilevanti e li pondera approdando ad una soluzione che, tuttavia, dovrebbe esser propria del decisore politico chiamato ad assumersi la responsabilità – in sede

politico elettorale – delle proprie scelte.

Ed invece un Parlamento inerte ed incapace di andare oltre l'annuncio di un riordino della materia, apre la strada alla decisione del *giudice-legislatore* che proietta un'ombra finanche sull'esercizio futuro della funzione legislativa.

Non può che destare preoccupazione, infatti, l'affermazione − senza dubbio mossa dal condivisibile intento di allineare l'ordinamento nazionale ai principi europei − secondo la quale " *eventuali proroghe legislative del termine così individuato* [...] *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*".

Considerazioni analoghe possono esser svolte in relazione all'esortazione rivolta al legislatore di "*farsi carico di una disciplina che, nel rispetto dei principi dell'ordinamento dell'Unione e degli opposti interessi, sia in grado di contemperare le ormai ineludibili istanze di tutela della concorrenza e del mercato con l'altrettanto importante esigenza di tutela dei concessionari uscenti*" (§ 47), accompagnata dall'invito ad apprezzare e valorizzare "*in sede di gara profili di politica sociale e del lavoro e di tutela ambientale*" nonché "*il legittimo affidamento dei titolari di tali autorizzazioni, funzionale ad ammortizzare gli investimenti da loro effettuati*" (§ 49). La discrezionalità del legislatore e delle stazioni appaltanti sembra in qualche modo limitata *ex ante* dall'Adunanza plenaria allorquando "suggerisce" di "*evitate ipotesi di preferenza 'automatica' per i gestori uscenti, in quanto idonei a tradursi in un'asimmetria a favore dei soggetti che già operano sul mercato*" e di prediligere "*criteri che, nel rispetto della* par condicio*, consentano anche di valorizzare l'esperienza professionale e il* know-how *acquisito da chi ha già svolto attività di gestione di beni analoghi (e, quindi, anche del concessionario uscente, ma a parità di condizioni con gli altri), anche tenendo conto della capacità di interazione del progetto con il complessivo sistema turistico-ricettivo del territorio locale*" (§ 49). Il legislatore è esortato ad individuare un limite alla durata delle concessioni che possa poi, in concreto, essere determinata dall'amministrazione aggiudicatrice tenendo conto del valore della concessione, della sua complessità organizzativa, del tempo necessario a garantire il recupero degli investimenti e la remunerazione del capitale investito.

***

La sensazione è che nel dichiarato tentativo di garantire "certezza del diritto" e di colmare un vuoto lasciato da un decisore politico troppo debole, il Consiglio di Stato abbia fornito soluzioni interpretative (talvolta "creative") che introducono rilevanti fattori di incertezza sistemica i cui

effetti rischiano di riverberarsi ben al di là del settore delle concessioni balneari andando a toccare gli stessi equilibri costituzionali dell’ordinamento.

L’auspicio è che sui profili problematici lambiti in questo scritto − così come su altri di sicuro interesse che rivengono dalla sentenza − la dottrina avvii un’approfondita riflessione ed un dialogo proficuo e critico con la giurisprudenza, esercitando, così, il ruolo che le è proprio nell’ordinamento.