

Pubblicato il 15/02/2021

N. 00268/2021 REG.PROV.COLL.

N. 01632/2020 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Prima

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Ex art. 60 c.p.a., sul ricorso r.g. n. 1632 del 2020, proposto da:

- Alfredo Prete, rappresentato e difeso dall'Avvocato Bartolo Ravenna, con domicilio digitale come da PEC di cui ai Registri di Giustizia;

contro

- il Comune di Lecce, rappresentato e difeso dall'Avv. Laura Astuto, con domicilio digitale come da PEC di cui ai Registri di Giustizia e domicilio 'fisico' eletto presso il Municipio;

per l'annullamento

- nei limiti di interesse, della determina dirigenziale in data 23.11.2020, prot. n. 0139175, del Settore Pianificazione e Sviluppo del Territorio, Gare, Appalti e Contratti - Ufficio Demanio Marittimo del Comune di Lecce;

- della nota del medesimo ufficio in data 17.12.2020, prot. 0151959, avente ad oggetto “*Comunicazione su interpello. Conferma rigetto istanza di proroga*”, anche nella parte in cui non estende la durata dei titoli edilizi in base alla durata della concessione demaniale;
- della delibera di Giunta Comunale in data 11.11.2020, n. 342;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, anche, allo stato, non conosciuto e, tra essi e per quanto lesivi, della delibera di Giunta Comunale in data 2.8.2020, n. 236, pure richiamata nel suddetto deliberato n. 342/2020, con cui è stato adottato il Piano Comunale delle Coste, nonché del permesso a costruire in data 24.5.2018, n. 197, inerente l’installazione di una piscina scoperta amovibile, del permesso a costruire in data 26.3.2019, n. 122, inerente la realizzazione di una pedana in legno con sovrastante gazebo ombreggiante, nella parte in cui è stata limitata la durata al 31.12.2020, data di scadenza della concessione;
- nonché e per quanto occorra, per l’accertamento del diritto a ottenere la formale estensione del titolo demaniale al 31.12.2033 e a mantenere montate le strutture facilmente amovibili assentite dai titoli edilizi sino a quando è titolare della concessione demaniale marittima o, in ogni caso, sino a quando è legittimato ad utilizzare l’area demaniale di cui alla citata concessione.

Visti il ricorso e i relativi allegati.

Visto l’atto di costituzione in giudizio del Comune di Lecce.

Visti gli atti della causa.

Visti gli artt. 60 c.p.a. e 25 d.l. n. 137 del 2020.

Relatore alla camera di consiglio del 27 gennaio 2021 il Cons. Ettore Manca, presenti gli Avvocati di cui al relativo verbale.

1.- Premesso che nell’atto di gravame si espone quanto segue:

- il sig. Prete gestisce in concessione con finalità turistico ricreativa il bene demaniale denominato “Lido York”, situato nel Comune di Lecce - Località San Cataldo, della superficie di mq 8.390,50, in forza di titolo n. 40/01, rinnovato con atto n. 256/05 della Regione Puglia e, da ultimo, con provvedimento n. 06/15 del Comune di Lecce, prorogato dapprima fino al 31./12.2015 e, poi, con atto n. 02/17, sino al 31.12.2020.
- trattasi di immobile in muratura composto da bar, ristorante, servizi igienici, cabine, area asservita, ecc... realizzato negli anni ‘30 su area demaniale dalla famiglia Prete, poi ristrutturato ed ampliato ad esclusiva cura e spese del ricorrente e del proprio dante causa York Prete.
- annesse al bene demaniale vi sono una piscina scoperta amovibile nonché una pedana in legno con sovrastante gazebo ombreggiante, installati rispettivamente in virtù di p.d.c. in data 24.5.18, n. 197, e in data 26.3.19, n. 122, la cui durata è stata fatta coincidere con quella del titolo concessorio al 31.12.2020.
- il bene demaniale, nel corso degli anni, è stato interessato da corposi interventi di ristrutturazione, ancora oggi in corso di ammortamento.
- il sig. Prete, con istanza del 24.4.2019, n. 60344, chiedeva al Comune di Lecce, ai sensi del D.L. 5.10.1993, n. 400, nonché della L. 145/2018, che *“alla concessione n. 06 del 30.6.2015 (come modificata ed integrata con concessione suppletiva demaniale n. 2 del 3.4.2017)... venisse assegnata la nuova durata al 31 dicembre 2033”*.
- solo dopo 19 mesi e, nello specifico, nell’imminenza della scadenza del titolo, con determina del 23.11.2020, prot. n. 0139175, il Comune di Lecce: rigettava l’istanza 24.4.2019, prot n. 60344, sulla base della delibera di Giunta Comunale n. 342 dell’11.11.2020, ritenendo contraria la proroga ai principi eurounitari; interpellava l’istante chiedendogli: a) se intendesse avvalersi della facoltà di cui all’art. 182, comma 2, del DL n. 34 del 19.5.2020, convertito nella legge n. 77/2020 e, cioè, se intendesse *“proseguire la propria attività mediante l’uso di beni del*

demanio marittimo”, con invito a darne comunicazione all’Ufficio entro il 30 novembre 2020 (rectius: entro 7 giorni, poi prorogati al 7.12.2020), tenendo in ogni caso presente che il titolo edilizio-paesaggistico che autorizza le strutture precarie ed amovibili era collegato alla scadenza del titolo concessorio; b) se non intendesse avvalersi della facoltà *ex art.* 182, comma 2, del DL n. 34 del 19.5.2020, convertito nella legge n. 77 del 17.7.2020, intendendo invece proseguire l’attività previo rilascio da parte dell’Ufficio di provvedimento disponente la proroga tecnica per un periodo di anni tre e quindi fino al 31.12.2023, tenendo conto che in tal caso anche il titolo edilizio-paesaggistico che autorizza le strutture precarie ed amovibili era prorogato fino alla nuova scadenza della concessione demaniale marittima.

- con il medesimo provvedimento l’ufficio precisava inoltre che *“In caso di mancata risposta al predetto interpello nel termine indicato, il silenzio perpetrato sarà inteso come rinuncia, sia alla prima, che alla seconda ipotesi e, quindi, come intenzione di non proseguire l’attività sull’area in concessione dopo la naturale scadenza del 31.12.2020”*.

- il Prete pagava il canone 2021 e le relative tasse regionali e, con nota 7.12.2020, prot. 0146204: trasmetteva la ricevuta di pagamento, poi scoprendo che il pagamento del canone non era andato a buon fine stante la diversità dei codici univoci che, con nota 14.12.2020, immediatamente sollecitava; comunicava di volersi avvalere dell’effetto legislativo di cui all’art 182 DL n. 34/2020 (conv. legge 77/2020) e, comunque, di voler proseguire in conformità del titolo nella gestione dell’immobile demaniale, anche al fine di ammortizzare gli investimenti effettuati; chiedeva la proroga del titolo concessorio fino al 31.12.2033, periodo stimato come necessario per ammortizzare i corposi investimenti sul bene in muratura già effettuati e quelli di cui al piano di ristrutturazione già avviato, come attestato dalla perizia tecnica a firma del geom. Umberto De Pascalis e dalla relazione di asseverazione a firma del Revisore Contabile dott. Roberto Prete, con relativo piano di ammortamento;

puntualizzava, in relazione alla validità e proroga dei titoli, che lo stato di fatto e di diritto del bene in concessione non era mutato e che, comunque, la loro validità era prorogata per i novanta giorni successivi alla dichiarazione di cessazione dello stato di emergenza, ai sensi dell'art. 103 D.L. 18/2020.

- con la medesima comunicazione il Prete formulava espressa salvezza del proponendo ricorso al T.A.R., sollecitando al contempo “un celere provvedimento espresso” che consentisse, da un lato, di ricorrere agevolmente al credito bancario e, dall'altro, di adempiere gli oneri di registrazione del titolo.

- con nota del 17.12.2020 il Comune di Lecce disponeva: di respingere la richiesta di annullamento in autotutela; di prendere atto dell'intenzione di avvalersi di quanto disposto dall'art. 182 cit, e, quindi, di non procedere per il rilascio e per l'assegnazione dell'area occupata; di rappresentare che il rinnovo dei titoli edilizi andava richiesto nelle forme e con le modalità di legge.

- veniva dunque proposto il presente ricorso, per i motivi che seguono: a) Incompetenza assoluta. Violazione art. 1, 6 e 8 L.R. 17/15 Regione Puglia. Violazione degli artt. 24, 97, 117 Cost. Rep. Eccesso di potere. Sviamento. Travisamento dei fatti. Erroneità nel presupposto. Irrazionalità manifesta. Violazione del principio di legalità. Violazione e falsa applicazione dell'art. 182 DL 34/2020 e art. 1 comma 682 ss L. 145/2018. Violazione di generali principi in tema di corretto esercizio dell'azione amministrativa. Violazione art. 12 delle Preleggi; b) Violazione e falsa applicazione di norme di diritto. Violazione dell'art 3 comma 4-bis DL 400/93 conv. in legge 4 dicembre 1993, n. 494. Violazione art. 2, 3, 11, 41, 42, e 117 Cost. Rep.. Violazione artt. 49 e 56 TFUE. Violazione dei principi desumibili dalla comunicazione interpretativa della commissione europea sulle concessioni nel diritto comunitario (2000/c 121/02) adottata il 24 febbraio 1999. Violazione dei principi desumibili dalla sentenza “Promoimpresa” Corte di Giustizia, sez. v, 14 luglio 2016, c-458/14 e c-67/15. Violazione artt. 18 e 24 reg. esec. cod. navigazione. Violazione artt. 2,

3, 6 e 10 bis legge 7 agosto 1990, n. 241. Eccesso di potere per sviamento. Illogicità manifesta ed erroneità nel presupposto. Travisamento dei fatti. Difetto di istruttoria e motivazione. Violazione di generali principi in tema di giusto procedimento, leale collaborazione tra privati e P.A. Illogicità, proporzionalità e adeguatezza dell'azione amministrativa. Violazione comma 484 art. 1 legge 28 dicembre 2015, n. 208. c) Violazione art 1 commi 682 e 683 L 145/2018 nonché dell'art. 182 co 2 DL 34/2020 e del comma 4-bis art 3 DL 400/93. Violazione di generali principi in tema di legittimo affidamento. Erroneità nel presupposto. Violazione art. 103 D.L. 18/2020 come novellato dall'art 3-bis D.L. 125/2020 convertito in L 27.11.2020 n. 159. Violazione di legge. Violazione art 107 co 2 lett b) TFUE. Falsa ed errata applicazione di legge. Eccesso di potere. Difetto di istruttoria e di motivazione. Sviamento. Violazione art. 1 e 8 co. 1 LRP 17/2015. d) Violazione e falsa applicazione dell'art. 3, L. n. 241/1990, eccesso di potere per difetto di motivazione. Violazione del principio del legittimo affidamento e eccesso di potere per difetto istruttorio. Violazione dei principi di buon andamento dell'azione amministrativa, buona fede e correttezza. Violazione e falsa applicazione art. 12, paragrafi 1 e 2 della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006. Violazione e falsa applicazione art. 49 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE); Violazione dell'art. 6 delle NTA del PRC. e) Violazione art. 10-bis L. 241/90. Eccesso di Potere. Violazione del giusto procedimento. Difetto di motivazione e di istruttoria.

2.- Ritenuto che sulle questioni poste con il ricorso in esame la Sezione si è di recente, in più occasioni, pronunciata, con argomenti che questo Collegio condivide e fa propri quali parti integranti della presente motivazione (precisato che vengono qui corretti alcuni refusi presenti nella sentenza n. 165 del 2021 di seguito richiamata): «*L'orientamento espresso dalla Sezione (v., tra le altre, T.A.R. Puglia Lecce, sentenze n. 1321/20 e n. 1322/20) si incentra su quattro elementi o*

principi: 1) il principio di completezza dell'ordinamento giuridico, 2) il concetto di "disapplicazione"; 3) il principio di gerarchia della scala delle fonti del diritto; 4) la natura non auto-esecutiva della "direttiva servizi".

Il principio di completezza dell'ordinamento costituisce un cardine del sistema delle tutele.

Tale principio sembra costituire il presupposto di svariate pronunce della Giustizia Amministrativa, laddove, nel sancire l'obbligo del dirigente di disapplicare la norma nazionale in conflitto con quella unionale, espressamente si afferma "salvo valutare la possibilità di trarre dall'ordinamento sovra nazionale una disposizione con efficacia diretta idonea a porre la disciplina della fattispecie concreta" (vedasi infra al paragrafo sub X).

Occorre inoltre sottolineare che il riferimento al concetto di disapplicazione della Legge nazionale in senso relativo, l'unico logicamente ammissibile e coerente con il principio di completezza dell'ordinamento, così come il principio di completezza dell'ordinamento, costituiscono il logico presupposto delle sopra citate sentenze della Corte Costituzionale, secondo cui il presunto contrasto di una norma nazionale con una norma unionale non immediatamente efficace preclude (financo) al giudice di disapplicare la norma interna, dovendo in tal caso disporre la sospensione del giudizio e la trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale (Corte Cost., 14 dicembre 2017; nello stesso senso: C. Cost. n. 269 e n. 284 del 2007, n. 28 e n. 227 del 2010 e n. 75 del 2012).

Appare quasi superfluo evidenziare che la sospensione del giudizio e la questione di costituzionalità risultano previste come doverose per il giudice nazionale solo se - nel suo percorso motivazionale - dovesse concludere per l'ipotesi della disapplicazione o violazione della norma nazionale, atteso che in tale ipotesi solo la Corte costituzionale può dichiararne l'incostituzionalità; ciò è ben evidente nell'inciso "...e nell'impossibilità di risolvere il contrasto in via interpretativa". Tale ipotesi non ricorre invece nel caso in cui - come quello in esame - il giudice nazionale non ritenga affatto di "disapplicare" la norma nazionale, ritenendola anzi l'unica applicabile, per le ragioni di seguito rappresentate.

Con specifico riferimento alla asserzione della difesa comunale circa la natura non automatica della proroga, "essendo il Comune tenuto ad adottare un apposito provvedimento, previa

verifica della persistenza dei requisiti soggettivi in capo all'operatore concessionario richiedente", rileva il Collegio che, ferma restando la necessità di apposito atto da parte del Comune, alla stregua del chiaro tenore della norma richiamata, il provvedimento comunale risulta esclusivamente subordinato all'accertamento della persistenza dei requisiti soggettivi, configurandosi viceversa l'atto come provvedimento a contenuto vincolato, dovendosi conseguentemente ritenere sul punto la natura meramente dichiarativa/ricognitiva di un effetto ex lege (in tal senso vedasi C.d.S. Sez. VI 6 giugno 2018 n. 3412).

Ritiene altresì il Collegio di dover sottolineare che gli impugnati provvedimenti integrano altresì violazione proprio dell'art. 49 del Trattato UE, atteso che - come espressamente previsto nella cd. "direttiva ricorsi" - la "prassi" (quale può ritenersi quella espressa da talune amministrazioni comunali recanti il diniego di proroga fino al 2033) non costituisce attuazione degli impegni derivanti dal citato art. 49 del Trattato U.E., occorrendo viceversa che lo stato nazionale provveda ad assicurarne uniforme applicazione sull'intero territorio nazionale.

Anche in sede di memoria conclusiva la difesa del Comune torna a sottolineare la natura self executing della direttiva servizi; l'assunto difensivo non può essere condiviso dal Collegio.

Deve in proposito rilevarsi che la natura non auto esecutiva è stata affermata dalla giurisprudenza del C.d.S. fin dal 2012, con una sentenza nella quale si affrontava la questione ex professo e non in via - per così dire - meramente incidentale (C.d.S. Sez. VI 27 dicembre 2012 n. 6682 (vedasi infra al paragrafo sub XI).

Del resto la qualificabilità di una direttiva come auto-esecutiva o meno non sembra dipendere da opzioni soggettive, atteso che occorre poter rinvenire nel corpo normativo specifiche disposizioni idonee a disciplinare il rapporto senza spazi di discrezionalità e senza necessità di norme attuative.

Siffatte caratteristiche a volte sono rimesse all'interprete, altre volte - come nella specie - sono evidenti nella stessa direttiva.

Ed infatti, a mero titolo di esempio, già il riferimento alla possibilità di recepimento o meno del principio di legittimo affidamento da parte del singolo stato, costituisce chiaro rinvio

all'esercizio di un potere discrezionale e di necessaria normativa attuativa da parte del legislatore nazionale.

Premesso che la disapplicazione della norma interna per l'applicazione di quella euro-unionale prevalente integra l'ipotesi del concorso di norme, la quale presuppone una assoluta identità delle fattispecie, senza elementi di specialità, deve rilevarsi che nel caso in esame ciò che risulterebbe in contrasto con la direttiva non è tanto la legge 145/2018, bensì norme per così dire "esterne", così come - ad esempio - quelle del Codice della Navigazione nella parte in cui escludono il diritto all'indennizzo.

In definitiva, ciò che si frappone ad una attuazione della direttiva nel nostro paese non è solo la normativa complessivamente vigente nel settore, ma anche e soprattutto "ciò che non è previsto".

Ciò premesso, si riporta - per comodità di lettura - la condivisa motivazione espressa nei citati precedenti di questa Sezione:

"II. PREMESSA.

Rileva preliminarmente il Collegio che il thema decidendi proposto in via principale dal ricorso in esame concerne in via diretta la legittimità o meno del provvedimento dirigenziale (attuativo di atti di indirizzo di G.M.) recante offerta di proroga tecnica triennale condizionata con contestuale diniego della proroga automatica delle concessioni demaniali prevista dall'art. 1 commi 682 e 683 della Legge finanziaria 2019 in relazione alle prescrizioni contenute nella direttiva servizi o c.d. direttiva Bolkestein.

In via indiretta le questioni proposte investono invece il rapporto tra norma interna e norme euro-unionali, in particolare con specifico riferimento alle direttive c.d. autoesecutive e, quindi, si inseriscono nel contesto dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento dell'Unione europea, trascendendo i limitati confini della materia di riferimento, ovvero quello delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico ricreativo e dei punti di approdo delle unità da diporto.

Il tema in questione è stato già affrontato da questo Tribunale in quanto oggetto, di tre precedenti sentenze di identico contenuto, tra cui - ad esempio - la sentenza n. 1321/2020.

La citata sentenza, le cui conclusioni sono comunque pienamente condivise dal Collegio, proprio in ragione del suo percorso motivazionale e della novità delle questioni trattate, ha determinato inevitabili commenti e riflessioni in un senso e nell'altro.

Le riflessioni ulteriori, scaturite anche dal dibattito sviluppatosi a seguito della pubblicazione delle sentenze di cui trattasi, inducono tuttavia il Collegio, nel confermare l'orientamento già espresso e le relative conclusioni, ad evidenziare alcuni ulteriori rilievi motivazionali relativi a questioni e presupposti che nella precedente richiamata decisione erano dati per scontati o comunque non esaurientemente esplicitati.

In particolare il Collegio ritiene opportuno ulteriormente esplicitare le seguenti questioni:

- a) direttive autoesecutive e legge nazionale; primazia del diritto unionale; legittimità o meno della disapplicazione/violazione della legge nazionale;*
- b) concetto di disapplicazione in generale: disapplicazione in senso assoluto e in senso relativo;*
- c) natura autoesecutiva o meno della direttiva servizi o cd. Bolkestein.*

Il punto sub c) risulterebbe di per sé esaustivo sul piano motivazionale; e tuttavia proprio il citato precedente di questa Sezione impone alcune considerazioni e precisazioni al fine di evidenziarne la continuità logica con riferimento al punto sub a).

Nella presente sentenza occorrerà peraltro di fatti e circostanze sopravvenuti e richiamati nella motivazione dell'impugnato provvedimento, tra cui - in particolare - la richiesta di chiarimenti da parte della Commissione Europea allo Stato italiano e il probabile imminente avvio di procedura di infrazione, nonché infine le prospettive di risoluzione del problema con particolare riferimento alla idoneità o meno dei provvedimenti del tipo di quello impugnato ad assicurare esecuzione della normativa della Unione Europea e a costituire pertanto un esaustivo rimedio al paventato avvio della procedura di infrazione.

Si ritiene pertanto di richiamare espressamente in questa sede la citata sentenza di questa Sezione n. 1321/20 per gli stralci ritenuti maggiormente significativi integrati dalle ulteriori considerazioni sopra menzionate.

III. IL CONTESTO DI RIFERIMENTO.

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

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

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

L'art. 12 della predetta direttiva servizi trova applicazione in tutte le ipotesi in cui l'attività economica preveda l'utilizzo di risorse naturali scarse o comunque quantitativamente circoscritte o limitate e così dispone: "qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e trasparenza e preveda, in particolare, una adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento".

A seguito dell'avvio della procedura di infrazione n. 2008/4908, lo Stato Italiano, nelle more di una preannunciata riforma del settore delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative, con l'art. 1 c. 18 del DL 194/2009, convertito con modificazioni con Legge 26.2.2010 n. 25, abrogava l'art. 37 secondo comma del Codice della Navigazione (relativo al cd. diritto di insistenza del concessionario), disponendo una proroga delle concessioni in essere fino al 31 dicembre 2015.

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

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

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

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

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

Come già evidenziato in altre occasioni, nell'ambito del distretto giurisdizionale di riferimento di questo Tribunale, alcuni comuni hanno concesso la proroga fino al 31 dicembre 2033, altri hanno espresso diniego disapplicando la norma nazionale, altri ancora, dopo aver accordato la proroga, ne hanno disposto l'annullamento in autotutela, come nel caso in esame, altri infine sono rimasti inerti rispetto alle istanze dei concessionari (cfr. Relazione inaugurazione anno giudiziario 2020 T.A.R. Sez. Lecce).

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

È necessario a questo punto fare una ulteriore premessa e una riflessione di ordine generale.

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

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

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

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

Secondo i principi generali, applicativi delle norme del trattato, a differenza di quanto previsto per i regolamenti U.E. (aventi diretta ed immediata efficacia vincolante), le direttive richiedono di regola il recepimento nell'ordinamento interno a mezzo di apposita legge nazionale (art. 249 del Trattato), in quanto obbligano lo Stato al conseguimento di un determinato risultato, lasciando tuttavia allo Stato medesimo di determinare autonomamente e liberamente gli strumenti e le norme necessari per il raggiungimento del fine, prevedendo all'uopo un congruo termine per l'adeguamento" (T.A.R. Sez. Lecce 1321/2020).

V. LE DIRETTIVE AUTOESECUTIVE

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

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

Secondo la tesi largamente prevalente, la direttiva autoesecutiva al pari dei regolamenti, deve ritenersi come avente natura di legge ordinaria, ancorché rafforzata, atteso che la circostanza

che la legge nazionale non possa derogarvi non ne modifica la sostanziale natura e forza di legge (in quanto tale idonea a determinare una regolazione - nell'ambito dello stato membro - dei rapporti tra i cittadini).

La direttiva autoesecutiva, decorso il termine di moratoria e sempre limitatamente alle specifiche statuizioni compiute e dettagliate, ovvero quelle disposizioni che prevedano direttamente specifici obblighi o adempimenti e che non richiedano soprattutto l'esercizio di alcuna discrezionalità da parte del legislatore nazionale (C.G.U.E 25.5.93 causa 193/91), non richiede alcuna norma nazionale di recepimento, trovando immediata applicazione, con conseguente obbligo del giudice di disapplicazione della normativa nazionale con essa confliggente. (T.A.R. Lecce - sentenza n. 1321/2020 del 27.11. 2020).

Perché dunque una direttiva possa ritenersi autoesecutiva debbono inverarsi due presupposti: 1) l'inutile decorso del termine di moratoria concesso dalla U.E. allo stato nazionale; 2) un contenuto normativo della direttiva specifico e compiuto che non lasci alcuna discrezionalità e alcuno spazio di intervento al legislatore nazionale, risultando tecnicamente idonea a regolare direttamente i rapporti tra privato e pubblica amministrazione e/o tra i privati.

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

VI. LA DISAPPLICAZIONE DELLA NORMA

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

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

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

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

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

In definitiva il concetto di disapplicazione in senso relativo risulta perfettamente inutile ed anzi fuorviante, in quanto ciò che viene in rilievo è in definitiva l'applicazione della norma prevalente, da individuarsi attraverso i noti e consolidati canoni ermeneutici deputati a dirimere il concorso di norme, tenuto conto della scala di gerarchia delle fonti del diritto.

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

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

Si ritiene in proposito opportuno richiamare espressamente la citata sentenza di questa sezione n. 1321/20: "Occorre altresì considerare la natura e l'efficacia delle sentenze della Corte di Giustizia nell'ambito della scala di gerarchia delle fonti del diritto.

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

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

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

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

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

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

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

una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo”.

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

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

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

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

Sotto tal profilo il riferimento al giudice nazionale risulta logicamente coerente con il sistema delle tutele, in specie con riferimento all'ipotesi della direttiva self executing.

In tal senso sembra opportuno richiamare la giurisprudenza della Corte Costituzionale e ricordare che, conformemente ai principi affermati dalla sentenza della Corte di giustizia 9 marzo 1978, in causa C-106/77 (Simmenthal), e dalla successiva giurisprudenza di questa Corte, segnatamente con la sentenza n. 170 del 1984 (Granital), qualora si tratti di

disposizione del diritto dell'Unione europea direttamente efficace, spetta al giudice nazionale comune valutare la compatibilità comunitaria della normativa interna censurata, utilizzando - se del caso - il "rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, e nell'ipotesi di contrasto provvedere egli stesso all'applicazione della norma comunitaria in luogo della norma nazionale; mentre, in caso di contrasto con una norma comunitaria priva di efficacia diretta - contrasto accertato eventualmente mediante ricorso alla Corte di giustizia - e nell'impossibilità di risolvere il contrasto in via interpretativa, il giudice comune deve sollevare la questione di legittimità costituzionale, spettando poi a questa Corte valutare l'esistenza di un contrasto insanabile in via interpretativa e, eventualmente, annullare la legge incompatibile con il diritto comunitario (nello stesso senso sentenze n. 284 del 2007, n. 28 e n. 227 del 2010 e n. 75 del 2012)" (ordinanza n. 207 del 2013; v. Corte Cost., 14 dicembre 2017, n. 269).

Il contrasto con il diritto dell'Unione europea "condiziona l'applicabilità della norma censurata nel giudizio a quo - e di conseguenza la rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale che si intendano sollevare sulla medesima (da ultimo, ordinanza n. 2 del 2017) - soltanto quando la norma europea è dotata di effetto diretto. Al riguardo deve richiamarsi l'insegnamento di questa Corte, in base al quale «conformemente ai principi affermati dalla sentenza della Corte di giustizia 9 marzo 1978, in causa C-106/77 (Simmenthal), e dalla successiva giurisprudenza di questa Corte, segnatamente con la sentenza n. 170 del 1984 (Granital), qualora si tratti di disposizione del diritto dell'Unione europea direttamente efficace, spetta al giudice nazionale comune valutare la compatibilità comunitaria della normativa interna censurata, utilizzando - se del caso - il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, e nell'ipotesi di contrasto provvedere egli stesso all'applicazione della norma comunitaria in luogo della norma nazionale; mentre, in caso di contrasto con una norma comunitaria priva di efficacia diretta - contrasto accertato eventualmente mediante ricorso alla Corte di giustizia - e nell'impossibilità di risolvere il contrasto in via interpretativa, il giudice comune deve sollevare la questione di legittimità costituzionale, spettando poi a questa Corte valutare l'esistenza di un contrasto insanabile in via interpretativa e, eventualmente, annullare la legge incompatibile con il diritto comunitario

(nello stesso senso sentenze n. 284 del 2007, n. 28 e n. 227 del 2010 e n. 75 del 2012)» (ordinanza n. 207 del 2013).

Pertanto, ove la legge interna collida con una norma dell'Unione europea, il giudice - fallita qualsiasi ricomposizione del contrasto su base interpretativa, o, se del caso, attraverso rinvio pregiudiziale - applica direttamente la disposizione dell'Unione europea dotata di effetti diretti, soddisfacendo, ad un tempo, il primato del diritto dell'Unione e lo stesso principio di soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.), dovendosi per tale intendere la disciplina del diritto che lo stesso sistema costituzionale gli impone di osservare ed applicare.

Viceversa, quando una disposizione di diritto interno diverge da norme dell'Unione europea prive di effetti diretti, occorre sollevare una questione di legittimità costituzionale, riservata alla esclusiva competenza di questa Corte, senza delibare preventivamente i profili di incompatibilità con il diritto europeo. In tali ipotesi spetta a questa Corte giudicare la legge, sia in riferimento ai parametri europei (con riguardo alle priorità, nei giudizi in via di azione, si veda ad esempio la sentenza n. 197 del 2014, ove si afferma che «la verifica della conformità della norma impugnata alle regole di competenza interna è preliminare al controllo del rispetto dei principi comunitari (sentenze n. 245 del 2013, n. 127 e n. 120 del 2010)» (v. Corte Cost., 14 dicembre 2017, n. 269).

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

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

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

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

IX. LEGGE NAZIONALE E DIRETTIVA AUTOESECUATIVA

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

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

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

La differenza non è di poco conto perché nella scala di gerarchia delle fonti la direttiva, in quanto non immediatamente e direttamente applicabile nello stato interno, è in posizione subordinata rispetto alla legge nazionale, mentre la direttiva autoesecutiva, in quanto immediatamente applicabile, pur avendo natura di legge, si colloca al di sopra della legge

nazionale in quanto norma rafforzata, nel senso che la legge ordinaria non può modificarne o derogarne il contenuto.

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

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

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

Pertanto, in via generale, dovrebbe nettamente distinguersi la direttiva autoesecutiva dai regolamenti unionali e dagli altri atti immediatamente efficaci nello stato membro, ovvero ritenersi che l'accertamento della natura self executing della direttiva debba essere riservato solo al giudice e che la pubblica amministrazione sia in tal caso anzitutto tenuta all'osservanza della norma nazionale di certa applicabilità (e, peraltro, nel caso di specie l'unica applicabile, per quanto appresso si dirà). E ciò sul piano generale (e quindi al di fuori della materia delle concessioni demaniali, oggetto del presente giudizio) e proprio al fine di assicurare certezza e parità di trattamento nell'attività amministrativa.

Deve pertanto ritenersi che l'amministrazione sia certamente tenuta ad assicurare la prevalenza della normativa unionale, ove immediatamente applicabile, su quella nazionale, conformando alla prima i propri provvedimenti, dovendo viceversa - nel caso di una direttiva - attenersi all'applicazione della norma nazionale, di certa ed immediata esecutività, non potendosi consentire la violazione della legge certa ed applicabile alla fattispecie, sulla base di un soggettivo quanto opinabile convincimento della natura self executing di una direttiva comunitaria, attraverso una interpretazione abrogante nella specie non consentita.

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

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

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

L'immediata e diretta applicabilità della normativa eurounionale come presupposto della disapplicazione della norma interna con essa confliggente risulta peraltro evincibile dalla stessa giurisprudenza della C.G.U.E., nonché da varie pronunce del Consiglio di Stato che ad essa si richiamano; così ad esempio: "qualora, pertanto, emerga contrasto tra la norma primaria nazionale o regionale e i principi del diritto eurounitario, è fatto obbligo al Dirigente che adotta il provvedimento sulla base della norma nazionale o regionale di non applicarla (in contrasto con la norma eurounitaria di riferimento), salvo valutare la possibilità di trarre dall'ordinamento sovranazionale una disposizione con efficacia diretta idonea a porre la disciplina della fattispecie concreta" (CDS Sez. V 5/3/2018 n. 1342; CDS Sez. VI 18/11/2019 n. 7874).

XI. LA DIRETTIVA BOLKESTEIN NON È SELF EXECUTING.

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

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

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

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

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

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

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

Così ad esempio appare necessaria e preliminare una previa modifica delle norme del codice della navigazione e in particolare degli artt. 42 e 49, anche con riferimento alla previsione di indennizzo in favore del concessionario uscente.

L'art. 42 cod. nav. per il caso di revoca discrezionale della concessione demaniale per ragioni di pubblico interesse, cui appare riconducibile per analogia la fattispecie in esame, esclude espressamente la previsione di indennizzo in favore del concessionario uscente.

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

Proprio in virtù di tale ritenuta preminenza dell'aspetto privatistico ed economico inerente la concessione demaniale, nonché sulla base della ritenuta limitatezza della risorsa costiera, è stata adottata la direttiva servizi includendovi l'attribuzione dei titoli concessori solo attraverso gare ad evidenza pubblica, anche al fine di garantire tutela ad interessi transfrontalieri, ritenendo altresì la direttiva Bolkestein ostativa a disposizioni legislative di proroga automatica in favore dei titolari di concessioni.

La mutata concezione della concessione demaniale, intesa ora prevalentemente come risorsa economico produttiva, non appare compatibile con la espressa esclusione della corresponsione di un indennizzo in favore del concessionario uscente, perché ciò realizzerebbe una violazione di diritti che trovano tutela sia nella Costituzione, sia nello stesso trattato U.E., quali la libertà di stabilimento e la tutela del diritto di proprietà.

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

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

e). *Appare inoltre necessario che una normativa nazionale stabilisca regole specifiche ed uniformi, anche al fine di evitare disparità di trattamento, relativamente all'espletamento delle gare ad evidenza pubblica, non apparendo applicabile alla fattispecie la normativa prevista in materia di appalti, bensì quella prevista dal codice della navigazione.*

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

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

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

2) *la composizione delle commissioni di gara;*

3) *i requisiti soggettivi e oggettivi di partecipazione;*

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

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

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

7) la previsione di un procedimento amministrativo che consenta di quantificare, in contraddittorio e secondo regole certe, il relativo importo per ciascuna concessione;

8) la previsione di norme a tutela del legittimo affidamento per rapporti concessori sorti in epoca precedente alla data di adozione della direttiva servizi.

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

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

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

Per tutte le considerazioni che precedono deve pertanto ritenersi la natura non esecutiva della direttiva servizi e la conseguente necessità di una legge attuativa, legge attuativa peraltro intervenuta in tutti gli altri paesi dell'unione europea.

XII. CONSIDERAZIONI ULTERIORI

Osserva il Collegio (per mero dovere di completezza, non risultando dedotto specificamente il vizio di eccesso o difetto di delega e di incompetenza) che appare evidente, proprio in ragione

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

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

XIII. CONCLUSIONI

Conclusivamente, quando al petitum principale, l'impugnato provvedimento è illegittimo perché in palese violazione della legge nazionale 145/2018, ovvero l'unica normativa che possa applicarsi nella specie, attesa la prevalenza della legge nazionale sulla direttiva Bolkestein, che non è self-executing e pertanto non è suscettibile di diretta ed immediata applicazione per difetto dei presupposti, necessitando di apposita normativa nazionale attuativa e di riordino del settore e traducendosi in tal modo la cd disapplicazione in evidente mera violazione della legge (disapplicazione in senso assoluto).

Né può avere rilevanza in senso contrario la palese violazione da parte dello Stato Italiano degli obblighi derivanti dalla sua adesione al Trattato U.E., atteso che la fattispecie in esame attiene al rapporto Stato/cittadino, diverso e parallelo rispetto al rapporto Stato/Unione europea.

Da quanto sopra discende l'illegittimità degli impugnati provvedimenti sia con riferimento al diniego della proroga ex lege, sia con riferimento alla cd. proroga tecnica condizionata, dovendosi conseguentemente dichiarare il diritto della parte ricorrente di conseguire la proroga del titolo concessorio in essere per la durata prevista dalla legge nazionale n. 145/2018, ovvero fino al 31/12/2033, atteso che il diritto alla proroga risulta direttamente sancito dall'art. 1, commi 682 ss., della legge 145/2018 (T.A.R. Lecce, sent. n. 1321/2020).

Il ricorso va dunque accolto, con assorbimento dei restanti motivi di censura dedotti» (tra le più recenti, T.a.r. Puglia Lecce, 1° febbraio 2021, n. 165).

3.- Ritenuto che:

- nei sensi e per i motivi appena esposti, e anche in questo caso con assorbimento degli altri motivi di censura formulati, il presente ricorso dev'essere dunque accolto.

- per il carattere di novità delle questioni trattate le spese di giudizio possono essere eccezionalmente compensate - *fermo il diritto del ricorrente alla rifusione del contributo unificato.*

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione Prima di Lecce, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 1632 del 2020 indicato in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati e dichiara il diritto della parte ricorrente a conseguire la proroga del titolo concessorio ex art. 1, comma 682, della Legge n. 145/2018.

Spese compensate - *fermo il diritto del ricorrente alla rifusione del contributo unificato.*

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Lecce, nella camera di consiglio del 27 gennaio 2021, con
l'intervento dei magistrati:

Antonio Pasca, Presidente

Ettore Manca, Consigliere, Estensore

Maria Luisa Rotondano, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Ettore Manca

IL PRESIDENTE

Antonio Pasca