

eum > territorio

Coste e diritti

Alla ricerca di soluzioni per le concessioni balneari

a cura di Angela Cossiri

eum



Isbn 978-88-6056-791-8 (print)

Isbn 978-88-6056-792-5 (PDF)

Prima edizione: marzo 2022

©2022 eum edizioni università di macerata

Palazzo Ciccolini, via XX settembre, 5 – 62100 Macerata

info.ceum@unimc.it

<http://eum.unimc.it>

Impaginazione: Centro Stampa di Meucci Roberto

Il presente volume è stato sottoposto a *peer review* secondo i criteri di scientificità previsti dal Regolamento delle eum (art. 3) e dal Protocollo UPI (Coordinamento delle University Press Italiane).

Indice

- 9 Prefazione
di Angela Cossiri
- 11 Introduzione
di Stefano Pollastrelli

Sezione I - I CONFLITTI

A - Stato e Unione europea

- Valeria Curella
- 17 31 dicembre 2033: tra il dire e il fare, ci va di mezzo il mare
- Maria Eugenia Bartoloni
- 45 Le concessioni demaniali marittime nel contesto delle libertà di circolazione: riflessioni sulla sentenza *Promoimpresa*
- Stefano Augusto
- 57 La natura *self-executing* dell'articolo 12 della direttiva 2006/123/CE: una analisi critica
- Simone Pitto
- 71 La difficile posizione dei funzionari degli enti locali tra incertezze normative e obbligo di disapplicazione della proroga automatica delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo
- Viviana Di Capua
- 83 Quali regole per le spiagge? Il punto sulla giurisprudenza nazionale

Massimino Crisci

- 95 Concessioni demaniali marittime e direttiva Bolkestein: un matrimonio indissolubile? Verso un'ipotesi ricostruttiva alternativa all'applicazione generalizzata della dir. 2006/123/CE

B - Stato e Autonomie

Giovanni Di Cosimo

- 109 La legislazione regionale sulle concessioni demaniali marittime a uso turistico e ricreativo al vaglio della Corte costituzionale

Enrico Verdolini

- 117 Oltre la «tutela della concorrenza». Ruolo delle Regioni, valori sociali e ambientali nella gestione del patrimonio demaniale marittimo

Giulio Profeta

- 127 Stato e autonomie nell'assetto regolatorio delle concessioni demaniali secondo la legge di bilancio per il 2019: un approdo incompiuto

Fulvio Costantino

- 139 Coste e Regione Lazio

Giuliano Vosa

- 145 Una proposta dalla Spagna: il modello dei *Consejos Rectores* come paradigma di un futuro (improcrastinabile) intervento legislativo nella materia delle concessioni balneari turistiche

C - Stato e mercato

Riccardo D'Ercole

- 157 AGCM e tutela della concorrenza: il caso delle concessioni demaniali marittime. Note a margine di TAR Toscana, Sez. II, 8 marzo 2021 n. 363

Sezione II - INTERESSI

Maria Chiara Girardi

- 169 Concessioni demaniali marittime e principio di concorrenza costituzionalmente orientato

- Alessia Monica
181 Il destinatario e le concessioni demaniali marittime nel mutato contesto del mercato europeo dei servizi
- Anna Paiano
193 Il ruolo dell'amministrazione e del giudice nelle concessioni demaniali marittime: necessità di una valorizzazione
- Alessandra Camaiani
205 Concessioni demaniali marittime a finalità turistico-ricreativa: l'occasione definitiva per la tutela dei beni comuni
- Riccardo Palligiano
219 Verso la "ridestinazione collettiva" del demanio marittimo: dal principio di evidenza pubblica alla categoria dei beni comuni
- Alberto Agostini
229 L'adozione degli strumenti normativi del Codice dei contratti pubblici anche per le concessioni balneari. Una proposta
- Massimo Carlin
241 Le regole per le gare tra tutela della concorrenza e salvaguardia delle aziende insediate
- Gianluigi Ceruti, Riccardo Ceruti
251 La giurisprudenza sui canoni demaniali marittimi

Sezione III -DOPO LE PRONUNCE DELL'ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO

- Angela Cossiri
265 Il rapporto tra diritto interno e Ue nel caso delle concessioni demaniali a scopo di impresa turistica e ricreativa: le coste italiane ritrovano certezza giuridica e opportunità di sviluppo sostenibile?
- Lara Discepolo
291 Patrimonio nazionale costiero, interesse transfrontaliero e scarsità delle risorse
- Claudia Pennacchietti
297 Recenti casi di "conflitto" nella *governance* multilivello: le ultime proroghe al vaglio della Commissione europea, della

Corte costituzionale e dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato

Giulio M. Salerno

317 Conclusioni

321 Notizie sugli autori

Angela Cossiri

Il rapporto tra diritto interno e Ue nel caso delle concessioni demaniali a scopo di impresa turistica e ricreativa: le coste italiane ritrovano certezza giuridica e opportunità di sviluppo sostenibile?

SOMMARIO: 1. Le pronunce dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato: certezze per pubbliche amministrazioni e giudici, ma anche ampi spazi al legislatore – 1.1. L'applicazione di uno schema consolidato nei rapporti tra ordinamenti – 1.2. La violazione della libertà di stabilimento e l'interesse transfrontaliero – 1.3. La violazione della concorrenza e la scarsità delle risorse – 1.4. Il carattere auto-applicativo del divieto di assegnare concessioni senza gara – 1.5. L'irrilevanza dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 – 1.6. Le innovazioni interpretative e gli spazi per il legislatore – 2. Lo scenario a legislazione invariata – 2.1. Il dovere di non applicazione del diritto nazionale da parte delle p.a. – 2.2. La tutela del legittimo affidamento dei concessionari uscenti – 2.3. La giurisprudenza costituzionale – 2.4. La perdita di efficacia delle concessioni in essere nei casi in cui esse siano frutto di rilascio di proroga e di applicazione di giudicato favorevole – 3. Il posticipo della caducazione di efficacia delle concessioni in essere – 4. Principi ispiratori per le future procedure ad evidenza pubblica (a legislazione invariata) – 5. Osservazioni conclusive sul futuro del sistema costiero italiano: dalla certezza giuridica alla possibilità di sviluppo sostenibile?

1. Le pronunce dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato: certezze per pubbliche amministrazioni e giudici, ma anche ampi spazi al legislatore

1.1 L'applicazione di uno schema consolidato nei rapporti tra ordinamenti

Le pronunce dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 3 novembre 2021 sulle concessioni demaniali (sentt. nn. 17

e 18/2021, pubblicate il 9 novembre 2021 sui ricorsi R.G. nn. 14 e 13) non innovano l'ordinamento giuridico per quanto concerne la relazione tra diritto Ue e diritto interno. Il giudice amministrativo applica lo schema consolidato dei rapporti tra ordinamenti e giunge a conclusioni prevedibili: il diritto Ue impone il rilascio delle concessioni a scopo di attività turistico-ricreativa solo all'esito di una procedura pubblica e trasparente di selezione dei potenziali interessati, vietando agli ordinamenti nazionali di adottare prolungamenti automatici e reiterati delle concessioni in essere. È dunque incompatibile con il diritto dell'Unione la proroga fino al 2033 disposta da ultimo dal legislatore italiano (v. art. 1, cc. 682 e 683, della l. n. 145 del 30 dicembre del 2018 – legge di bilancio 2019 – cui ha fatto seguito il d.l. n. 34 del 19 maggio 2020 – cd. decreto “rilancio” – convertito in l. n. 77 del 2020, recante misure in materia di salute e politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19). L'interpretazione del quadro normativo di riferimento è così consolidata che, secondo il giudice amministrativo, non vi è ragione di rivolgersi in via pregiudiziale alla Corte di giustizia.

1.2 La violazione della libertà di stabilimento e l'interesse transfrontaliero

In primo luogo, la proroga è in contrasto con l'art. 49 TFUE che vieta agli Stati membri di adottare restrizioni alla libertà di stabilimento, o misure ad effetto equivalente. Nella sentenza *Promoimpresa e Melis*, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, V sez., la Corte di giustizia ha affermato che: «quando sia accertato che un contratto (di concessione o di appalto) [...] presenta un interesse transfrontaliero certo, l'affidamento, in mancanza di qualsiasi trasparenza, di tale contratto ad un'impresa con sede nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice costituisce una disparità di trattamento a danno di imprese con sede in un altro Stato membro che potrebbero essere interessate». Secondo la CGUE, l'interesse transfrontaliero certo «deve essere valutato sulla base di tutti i criteri rilevanti, quali l'importanza economica dell'appalto, il luogo della sua esecuzione

o le sue caratteristiche tecniche, tenendo conto delle caratteristiche proprie dell'appalto in questione» (par. 66). La richiesta europea sembrerebbe essere dunque quella di una valutazione caso per caso, come emerge anche dalla differente situazione rilevata dalla stessa CGUE nei due diversi casi Promoimpresa e Melis, sottoposti a suo tempo all'attenzione del giudice europeo.

Secondo il Consiglio di Stato, vi è un interesse transfrontaliero certo ove sussista la «capacità di una commessa pubblica o, più in generale, di un'opportunità di guadagno offerta dall'Amministrazione, di attrarre gli operatori economici di altri Stati membri» (sentt. CdS qui in esame, par. 15). Il giudice amministrativo italiano, però nel prosieguo dell'argomentazione su questo specifico aspetto, sembra discostarsi dal precedente europeo, preferendo alla valutazione caso per caso, la considerazione dell'intero patrimonio costiero nazionale «valutato unitariamente e complessivamente», senza possibilità di parcellizzazione. Il ragionamento è sviluppato nel par. 16, che richiama sia parametri europei, che parametri di validità interni, ricavabili dal quadro costituzionale: «la p.a. mette a disposizione dei privati concessionari un complesso di beni demaniali che, valutati unitariamente e complessivamente, costituiscono uno dei patrimoni naturalistici (in termini di coste, laghi e fiumi e connesse aree marittime, lacuali o fluviali) più rinomati e attrattivi del mondo. Basti pensare che il giro d'affari stimato del settore si aggira intorno ai quindici miliardi di euro all'anno, a fronte dei quali l'ammontare dei canoni di concessione supera di poco i cento milioni di euro, il che rende evidente il potenziale maggior introito per le casse pubbliche a seguito di una gestione maggiormente efficiente delle medesime. L'attrattiva economica è aumentata dall'ampia possibilità di ricorrere alla sub-concessione» utilizzabile in via generalizzata e senza limiti temporali dal 2001. Secondo il Consiglio di Stato, un settore così nevralgico per l'economia del Paese non può essere sottratto al mercato e alla libera competizione economica in forza di parametri costituzionali e di principi europei (concorrenza e libera circolazione). «Né si può sminuire l'importanza e la potenzialità economica del patrimonio costiero nazionale attraverso un artificioso frazionamento del medesimo, nel tentativo di valutare

l'interesse transfrontaliero rispetto alle singole aree demaniali date in concessione. Una simile parcellizzazione, oltre a snaturare l'indiscutibile unitarietà del settore, si porrebbe in contrasto con la stessa legislazione nazionale (che, quando hanno previsto le proroghe, lo hanno sempre fatto indistintamente e per tutti, non con riferimento alle singole concessioni all'esito di una valutazione caso per caso) e, soprattutto, darebbe luogo ad ingiustificabili ed apodittiche disparità di trattamento, consentendo solo per alcuni (e non per altri) la sopravvivenza del regime della proroga *ex lege*».

È un passaggio dell'argomentazione che, se inteso al di là dell'efficacia *inter partes* e nomofilattica delle sentenze, presenta criticità e comunque richiede approfondimenti meditati. Vanno considerati infatti diversi aspetti: I. oggetto di potenziale attenzione concorrenziale, in coerenza con la premessa dello stesso Consiglio di Stato, potrebbe essere solo la singola commessa e non l'intero patrimonio; II. la Corte di giustizia intende l'interesse transfrontaliero in riferimento al singolo bando, evidenziandone anche le specifiche da considerare; dunque non sembrerebbe esservi un parametro europeo che imponga di valutare l'interesse sull'intero patrimonio costiero nazionale; III. sul piano interno, la concorrenza non è un super-interesse costituzionale, capace di tutelare *ex se* tutti gli altri interessi fondamentali implicati da un caso, che possono essere sia di natura pubblica, sia privata, e che richiedono un bilanciamento. Dunque, neppure nel quadro interno sembrerebbe esservi un parametro di legittimità che richiede la valutazione in questi termini dell'interesse di potenziali concorrenti. L'invocato principio di uguaglianza tra concessionari sembrerebbe essere rispettato proprio quando si eviti di considerare tutte le situazioni alla stessa stregua, rilevando come esse presentino differenze (in base al luogo, all'importanza economica e alle specifiche caratteristiche, etc.) che il legislatore è chiamato a tenere in considerazione; IV. la valutazione circa la necessità di una maggiore efficienza nella gestione del bene pubblico, basata sui dati relativi al giro di affari complessivo del settore, è probabilmente un *obiter dictum* sensato, considerata la situazione nel suo insieme. Tuttavia, all'*obiter* non sembrerebbe potersi riconoscere un impatto giuridico generale,

posto che la scelta tra i differenti modelli di efficientamento rientra nella discrezionalità legislativa e lo stesso obiettivo di efficienza dovrebbe essere bilanciato con altri, ugualmente meritevoli di tutela (quali, ad es., la tutela ambientale, la sostenibilità sociale, la qualità dei servizi e l'impatto sulle comunità locali). Sarebbe piuttosto riduttivo, infatti, pretendere che il principale scopo da perseguire nella gestione di beni pubblici naturali, come le coste marine, lacuali e fluviali, sia l'efficienza di gestione, intesa come massimizzazione delle entrate per le casse dello Stato ove il bene sia concesso per attività di impresa.

Il ragionamento del giudice amministrativo, comunque, è funzionale in questo specifico pronunciamento solo a sostenere la conclusione circa il contrasto della proroga automatica e generalizzata rispetto agli artt. 49 e 56 TFUE con quel che ne segue per le p.a. e, così circoscritto, non presenta criticità. Tuttavia, esso non dovrebbe essere utilizzato dagli interpreti oltre questo precipuo scopo, nel senso che esso non vale ad escludere la legittimità di riforme legislative che rimettessero alla p.a. una valutazione caso per caso della sussistenza di detto interesse, previa definizione in via generale di parametri di riferimento idonei a distinguere ragionevolmente le differenti situazioni.

1.3 *La violazione della concorrenza e la scarsità delle risorse*

Oltre ad essere in contrasto con il principio della libertà di stabilimento consacrata nel Trattato, la proroga di legge è anche in contrasto con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno (cd. direttiva *Bolkestein*). Secondo tale disposizione, «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 sono obbligati ad adottare procedure di selezione tra i candidati potenziali, imparziali e trasparenti, che prevedano adeguata pubblicità sin dall'avvio (par. 1). L'autorizzazione va rilasciata per una durata limitata adeguata, non può prevedere rinnovi automatici, né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami (par. 2). Tuttavia, «gli Stati membri possono

tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario» (par. 3). Secondo il considerando (1) della direttiva «L'eliminazione delle barriere allo sviluppo del settore dei servizi tra Stati membri costituisce uno strumento essenziale per rafforzare l'integrazione fra i popoli europei e per promuovere un progresso economico e sociale equilibrato e duraturo. Nell'eliminazione di questi ostacoli è essenziale garantire che lo sviluppo del settore dei servizi contribuisca all'adempimento dei compiti previsti dall'articolo 2 del trattato di promuovere nell'insieme della Comunità uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, la parità tra uomini e donne, una crescita sostenibile e non inflazionistica, un alto grado di competitività e di convergenza dei risultati economici, un elevato livello di protezione dell'ambiente ed il miglioramento della qualità di quest'ultimo, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra Stati membri».

Già nella sentenza *Promoimpresa* era stato affermato che le concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative rientrano nel campo di applicazione della direttiva “servizi”, sebbene la Corte di giustizia avesse rinviato al giudice nazionale l'accertamento del requisito della scarsità della risorsa naturale, in assenza del quale si uscirebbe dal campo di applicazione della disposizione europea. Il parametro di validità emergente dalla direttiva “servizi” è applicabile anche a situazioni puramente interne: per rientrare nell'ambito di applicazione del diritto Ue, non serve infatti che sussista un interesse transfrontaliero; è sufficiente per contro la scarsità delle risorse, poiché è quest'ultima la condizione di fatto che, creando una barriera all'ingresso di nuovi operatori nel settore, contrasta e lede l'interesse alla concorrenza nel mercato (per l'applicazione anche a situazioni puramente interne della disciplina in esame, cfr. CGUE, Grande Sezione, sentenza 30 gennaio 2018, nelle cause riunite C-360/15 e C-31/16).

Sulla questione, il Consiglio di Stato ribadisce il ragionamento già percorso dal giudice europeo: I) obiettivo della direttiva non è quello di “armonizzare” le discipline nazionali che prevedono ostacoli alla libera circolazione, ma di eliminare tali ostacoli, al fine di realizzare un’effettiva concorrenza; II) l’art. 12 disciplina il mercato interno in termini generali, applicandosi quindi a tutti i settori salvo quelli esclusi dall’ambito di applicazione della medesima direttiva, espressamente indicati nell’art. 2, c. 2; III) la tutela della concorrenza (che si concretizza attraverso la procedura di evidenza pubblica), perseguendo un obiettivo, più che delimitando un settore, è una “materia” trasversale, che impatta inevitabilmente anche negli ambiti di esclusiva competenza statale, o nei quali l’Ue ha solo una competenza di “sostegno”, come il turismo. Anche in tali settori (si pensi ad es. alla sanità, all’istruzione, alla cultura, etc.), quando si acquisiscono risorse strumentali, gli Stati membri sono obbligati alla gara. Ciò certamente non implica una violazione del principio della competenza attribuita, che governa i rapporti tra ordinamenti interno e Ue, né uno sconfinamento dell’Ue in una materia di esclusiva competenza interna; IV) una teoria che valorizzi la distinzione, propria del diritto nazionale, tra concessione di beni (come atto con effetti costitutivi/traslativi che attribuisce un diritto nuovo su un’area demaniale) e autorizzazione di attività (come atto che si limita a rimuovere un limite all’esercizio di un diritto preesistente) è meramente formalistica. Nell’ottica funzionale e pragmatica del diritto Ue, l’istituto della concessione amministrativa va inteso considerando l’effetto economico del provvedimento: a prescindere dal *nomen iuris* attribuito nel diritto interno, quando la concessione attribuisce il diritto di sfruttare a scopo economico in esclusiva una risorsa naturale contingentata, produce al titolare un vantaggio in grado di incidere sull’assetto concorrenziale del mercato e sulla libera circolazione dei servizi.

A questo ragionamento, che era già tutto scritto, il Consiglio di Stato si limita ad aggiungere un tassello mancante: nel contesto italiano le aree demaniali marittime, lacuali o fluviali a disposizione di nuovi operatori economici sono caratterizzate da una «notevole scarsità». Al fine di verificare la sussistenza di questo

requisito, si afferma in premessa – molto opportunamente – che andrebbe tenuta in conto sia la “quantità” del bene disponibile, sia la sua qualità, nell’ottica della domanda che esso è in grado di generare da parte di potenziali concorrenti, oltre che dei fruitori finali del servizio che viene immesso sul mercato.

Le sentenze sembrano considerare condivisibilmente che, finché la disponibilità di aree ulteriori rispetto a quelle attualmente oggetto di concessione non sia concreta e accertata, esse non sono nel mercato, dunque non possono essere annoverate tra le risorse disponibili (par. 25). Inoltre, in molte Regioni è previsto un limite quantitativo massimo di costa che può essere oggetto di concessione e detto massimo, nella maggior parte dei casi, coincide con la percentuale già assentita. Alla luce di questo, si conclude che – almeno «attualmente» – le risorse sono scarse, quando non inesistenti (par. 25, conclusioni).

Le pronunce, con qualche disarmonia rispetto alla premessa, sembrerebbero così fornire una interpretazione del concetto di scarsità, considerando i dati meramente quantitativi attualmente noti, relativi alle aree balneari disponibili/indisponibili, senza tenere conto dell’elemento qualitativo, che richiederebbe distinzioni caso per caso, e di altri parametri utili a misurare la domanda potenziale dei concorrenti.

Da questo punto di vista, un fondamentale contributo verrà dalla mappatura generale delle concessioni: il d.d.l. concorrenza 2021, presentato in Parlamento il 3 dicembre 2021 quale collegato alla legge di bilancio, delega il Governo ad adottare entro sei mesi dall’entrata in vigore della legge, un decreto legislativo per la costituzione di un sistema informativo di rilevazione costante di tutte le concessioni a soggetti privati o pubblici dell’utilizzo in via esclusiva di beni pubblici (cfr. d.d.l. annuale per il mercato e la concorrenza 2021, art. 2, approvato dal Consiglio dei Ministri il 4 novembre 2021). In particolare, dovranno essere pubblicamente noti il concessionario, la durata e il canone di concessione. La gestione della banca dati sarà affidata al Ministero dell’economia e delle finanze. Questa mappatura, oltre a garantire la trasparenza di tutti i rapporti concessori, potrebbe essere funzionale ad una riforma legislativa che tenga conto della complessità della fotografia e della disomogeneità delle situazioni.

1.4 *Il carattere auto-applicativo del divieto di assegnare concessioni senza gara*

L'Adunanza plenaria rileva anche che l'art. 12 della direttiva "servizi" ha diretta applicabilità nell'ordinamento interno, cioè ha la caratteristica che obbliga la p.a. alla disapplicazione della legge in contrasto. Questo il ragionamento: l'art. 12 persegue l'obiettivo di aprire il mercato delle attività economiche il cui esercizio richiede l'utilizzo di risorse naturali scarse, sostituendo, ad un sistema in cui tali risorse vengono assegnate in maniera automatica e generalizzata a chi è già titolare di antiche concessioni, un regime di attribuzione ad evidenza pubblica, che assicuri la *par condicio* fa i soggetti potenzialmente interessati. Rispetto a tale obiettivo, la disposizione ha un livello di dettaglio sufficiente a determinare la non applicazione della disciplina di proroga e ad imporre, di conseguenza, una gara rispettosa dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità, non discriminazione, mutuo riconoscimento e proporzionalità. Per quanto sia «auspicabile che il legislatore intervenga, in una materia così delicata e sensibile dal punto di vista degli interessi coinvolti, con una disciplina espressa e puntuale», nell'ordinamento giuridico ci sono già tutti gli elementi necessari per consentire alle Amministrazioni di bandire gare per il rilascio delle concessioni demaniali, senza applicare il regime di proroga. Il confronto competitivo, oltre ad essere imposto dal diritto Ue, risulta coerente con l'evoluzione della normativa interna sull'evidenza pubblica.

1.5 *L'irrilevanza dell'emergenza epidemiologica da Covid-19*

Secondo il Consiglio di Stato, le conclusioni raggiunte circa il divieto di proroga e l'obbligo di messa a gara delle concessioni ad uso turistico-ricreativo non possono essere inficiate dall'argomento della moratoria emergenziale. L'art. 182, c. 2, del d.l. n. 34/2020 presenta profili di incompatibilità con il diritto Ue analoghi a quelli evidenziati già in passato per simili interventi normativi. La proroga delle concessioni in essere, secondo il giudice, è infatti «disfunzionale» rispetto all'obiettivo dichiarato dal legislatore del «contenimento delle conseguenze economiche pro-

dotte dall'emergenza epidemiologica» (par. 28). L'interpretazione, calata nel contesto concreto di prassi ultradecennali e di un termine di durata del "periodo transitorio" decisamente espanso, sembra convincere. Il giudice ha qui un'ottica opposta a quella assunta del rappresentante politico nazionale, sul quale evidentemente hanno inciso sia la tutela di interessi nazionali e locali, considerate le specificità economiche italiane, sia la prossimità alle organizzazioni esponenziali dei concessionari balneari, interessati direttamente dalla partita.

È questo un terreno di valutazione, però, in cui si dovrebbe esprimere la discrezionalità politica, nei limiti di quanto consentito dal livello costituzionale e dal diritto dell'Unione. Su questo specifico profilo, la valutazione del giudice amministrativo non invoca parametri di validità di diritto dell'Unione, bensì richiama le argomentazioni espresse in un breve passaggio dalla Commissione Ue nell'ampio contesto della sua ultima lettera di messa in mora del 3 dicembre 2020 (C(2020)7826 def.). Tale lettera esprime il punto di vista di una delle istituzioni europee, funzionale a richiedere allo Stato la formulazione di sue osservazioni, avviando una interlocuzione tra autorità politiche, che al momento sembra essere ancora in corso, nonostante i molti mesi trascorsi. Essa è solo eventualmente prodromica alla formulazione del parere motivato, nel quale la Commissione Ue formalizza la richiesta di conformarsi al diritto dell'Unione. Secondo tale documento, la reiterata proroga «scoraggia [...] gli investimenti in un settore chiave per l'economia italiana e che sta già risentendo in maniera acuta dell'impatto della pandemia da COVID-19. Scoraggiando gli investimenti nei servizi ricreativi e di turismo balneare, l'attuale legislazione italiana impedisce, piuttosto che incoraggiare, la modernizzazione di questa parte importante del settore turistico italiano. La modernizzazione è ulteriormente ostacolata dal fatto che la legislazione italiana rende di fatto impossibile l'ingresso sul mercato di nuovi ed innovatori fornitori di servizi».

1.6 *Le innovazioni interpretative e gli spazi per il legislatore*

In conclusione, in una cornice di certezza, coerente con il quadro consolidato dei rapporti tra ordinamenti, due sono le inno-

vazioni interpretative emergenti, che presentano criticità, ove accolte alla stregua di indirizzi generali, cioè oltre la funzione nomofilattica e di orientamento per le p.a. delle pronunce. Esse potrebbero meritare analisi ed anche una differente valutazione del legislatore. Si fa riferimento:

- 1) alla sussistenza di un interesse transfrontaliero certo, che qui è valutata con riferimento alla potenzialità economica del patrimonio costiero nazionale;
- 2) alla rilevazione dell'attuale scarsità della risorsa naturale, dato che sarà suscettibile di adeguata valutazione una volta effettuata la mappatura delle concessioni delegata al Governo nel d.d.l. concorrenza 2021.

Ad ogni modo, la conclusione cui si perviene circa l'invalidità di una proroga ultradecennale automatica e generalizzata quale quella introdotta dal legislatore italiano pare ben sostenuta da un impianto di ragionamento del tutto consolidato.

Tuttavia, ove il giudice sconfini in valutazioni generali, pesa l'assenza di considerazione dei molteplici interessi pubblici fondamentali implicati dalla vicenda. Il ragionamento condotto sembra poggiare su una fiducia incondizionata nel mercato e nella concorrenza, quali strumenti capaci *ex se* di tutelare l'interesse pubblico. Nessun rilievo assumono nel ragionamento, ad es., la differenza qualitativa delle concessioni e delle situazioni imprenditoriali, ma anche le disparità locali, né la considerazione dei sistemi socio-economici costieri italiani, il cui sviluppo sostenibile richiede modulazioni in ragione del contesto, o ancora la tipicità originale che in taluni casi può essere espressa, aspetti che legislatore potrebbe e dovrebbe considerare, eventualmente anche adottando parametri di ragionevole distinzione tra differenti situazioni. Tali interessi, peraltro, non sono sconosciuti dal diritto Ue.

2. *Lo scenario a legislazione invariata*

2.1 *Il dovere di non applicazione del diritto nazionale da parte delle p.a.*

Il dovere di non applicazione da parte della p.a. del diritto interno in contrasto con il diritto Ue, nei limiti in cui esso sia

auto-applicativo, è un approdo consolidato della giurisprudenza europea e nazionale. Le pronunce richiamano i precedenti fondamentali: la sentenza del Cons. di Stato n. 452 del 1991, F.lli Costanzo e la sentenza della Corte cost. n. 389/1989. In quest'ultima si legge che «tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi (e agli atti aventi forza o valore di legge) – tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi – sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con le norme» comunitarie nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia.

Ne segue che la questione di legittimità costituzionale interviene solo se la legge è in contrasto con una direttiva comunitaria non *self-executing*, oppure, secondo la recente teoria della cd. doppia pregiudizialità, nei casi in cui la legge nazionale violi diritti fondamentali tutelati sia dalla Costituzione, sia dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (a partire da Corte Cost., sent. n. 269/2017). Nessuna delle due condizioni ricorre nel caso di specie.

Meritevole di attenzione è una disattesa argomentazione dell'appellante: l'eccezionale (almeno sulla carta) natura *self-executing* delle direttive richiede una complessa attività interpretativa, la quale, ove rimessa ai singoli organi amministrativi competenti, rischia di legittimare disapplicazioni (*rectius*: non applicazioni) della legge nazionale (in violazione del principio di legalità) affidate a valutazioni opinabili del singolo funzionario. L'argomentazione, evidentemente inconferente nella sede processuale, va calata in un contesto in cui l'organo competente nella vicenda in questione è quello del livello comunale, dove certamente le dimensioni degli apparati amministrativi possono non essere adeguate a garantire competenze giuridiche piuttosto sofisticate, quali quelle richieste. Sebbene l'argomento sia privo di pregio nella sede in cui è stato formulato, esso accende un faro su un problema reale di cui occorre tener conto.

Secondo la Plenaria, il riconoscimento tramite la sentenza *Promoimpresa* del carattere *self-executing* della direttiva, oltre che la copiosa giurisprudenza nazionale che ad essa ha fatto seguito, sono sufficienti ad escludere nel caso di specie ogni incer-

tezza. Più in generale, non è possibile intendere il principio di legalità nel senso che esso costringa la p.a. ad adottare atti comunitariamente illegittimi in nome di una esigenza di certezza del diritto, legata all'asserita difficoltà di individuare le direttive auto-applicative. Una siffatta teoria affiderebbe alla fase dell'eventuale contenzioso giurisdizionale la primazia del diritto dell'Unione, con la conseguenza che, in caso di mancata impugnazione, la violazione della direttiva andrebbe ingiustificatamente a consolidarsi. Sebbene nella logica teorica il ragionamento appaia ineccepibile, calare nel contesto pratico di riferimento l'argomentazione evidenzia sia un problema di competenze in periferia, sia soprattutto di grave irresponsabilità del legislatore nazionale, che non ha di certo contribuito a fare chiarezza e ad assicurare certezza ad un settore imprenditoriale strategico per gli interessi economici nazionali, traendo in errore sia la pubblica amministrazione, che, in alcuni casi, i giudici.

2.2 La tutela del legittimo affidamento dei concessionari uscenti

Riguardo alla tutela del legittimo affidamento, il Consiglio di Stato ribadisce che esso dovrebbe trovare tutela non attraverso una proroga automatica, ma al momento di fissare le regole per la procedura di gara (par. 38), ferma restando la necessità di soddisfare i rigorosi presupposti richiesti per il suo riconoscimento. Quali sono?

La già citata lettera di messa in mora della Commissione europea di dicembre 2020 ricorda che secondo il diritto Ue un legittimo affidamento può sorgere solo se sono state fornite all'interessato dall'amministrazione «rassicurazioni precise, incondizionate e concordanti, provenienti da fonti autorizzate ed affidabili. In secondo luogo, tali rassicurazioni devono essere idonee a generare fondate aspettative nel soggetto cui si rivolgono. In terzo luogo, siffatte rassicurazioni devono essere conformi alle norme applicabili». Secondo la sent. della CGUE, 14 ottobre 2010, C-67/09 richiamata in motivazione, «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».

Se l'impostazione del Consiglio di Stato fino a qui appare ineccepibile, nei paragrafi successivi la Plenaria sembra spingersi ad affermare che le condizioni richieste per il legittimo affidamento non sussistono «nella materia in esame», dunque in termini generali, sempre in adesione alla posizione già espressa dalla Commissione Ue. Sul punto però la stessa Adunanza plenaria sembra contraddittoria, tant'è che nel prosieguo delle pronunce si ammette che i bandi di gara potranno riconoscere un indennizzo, ove il titolare uscente possa dimostrare di aver effettuato investimenti, aspettandosi legittimamente il rinnovo della propria autorizzazione.

L'argomentazione sulla base della quale si esclude il legittimo affidamento sembra poggiare su dati parziali e comunque valevoli a partire da un certo punto in avanti: sarebbero elementi informativi sufficienti per l'operatore economico i precedenti del Consiglio di Stato (del 2005 e 2007), la procedura di infrazione del 2008, chiusa nel 2012, in ragione di una promessa di riforma rimasta disattesa, e alcune sentenze della Corte costituzionale che, tra il 2010 e il 2011, hanno annullato leggi regionali istitutive di proroghe, rilevandone il contrasto con l'art. 117, c. 1, Cost. per il tramite del parametro interposto costituito dal diritto Ue.

Le sentenze omettono di considerare che nell'ultimo decennio numerosi sono stati gli interventi legislativi, sia statali, che regionali, introduttivi di proroghe, in forza delle quali i concessionari hanno ottenuto sia sentenze definitive favorevoli, che provvedimenti amministrativi di rinnovo delle concessioni. I concessionari prorogati sono stati dunque titolari non solo di una aspettativa legittima, bensì propriamente di una autorizzazione fornita dall'autorità pubblica. In termini generali, si tratta di una clamorosa situazione di caos che le imprese turistiche, come pure le comunità locali e le amministrazioni di periferia, hanno in gran parte subito e alla quale diversi apparati dello Stato hanno concorso. Del resto la necessità di rimettere la questione all'Adunanza plenaria nasce proprio dal preesistente contrasto giurisprudenziale sulla questione. Nell'ottica individuale del concessionario prorogato, sulla responsabilità giuridica dello Stato nel suo complesso, attraverso le sue articolazioni ter-

ritoriali o attraverso il potere giudiziario si dovrebbe ragionare: addossare *tout court* i costi dell'inadempimento europeo sulle imprese di settore pare una forzatura piuttosto sproporzionata. Ferma restando la necessità di non alterare il mercato e la concorrenza e dunque di procedere con una selezione che non attribuisca rendite di posizione all'uscente, nel rapporto tra Stato e impresa concessionaria prorogata, oltre al legittimo affidamento per gli investimenti eventualmente effettuati, bisognerebbe riflettere sul risarcimento dei danni eventualmente arrecati dall'atto che non doveva essere adottato (benché qualificato oggi dalla giurisprudenza amministrativa *tamquam non esset*) e sul tema del valore del bene immateriale dell'azienda (il cd. avviamento), ove e nella misura in cui questo sia dissociabile e calcolabile autonomamente rispetto alla *location* geografica. Su questi profili, che sembrano già prospettarsi come un terreno assai fertile di future controversie, il Consiglio di Stato non fornisce elementi. Dovrà essere dunque il legislatore a farsi carico della questione in modo da evitare che la vicenda lasci ancora una volta esiti indefiniti.

2.3 *La giurisprudenza costituzionale*

Nell'esaminare la giurisprudenza costituzionale, le sentenze del Consiglio di Stato evidenziano come «al di là delle singole fattispecie, dall'esame delle pronunce citate si evince (appunto già a partire dal 2010) che, nel procedimento di assegnazione dei beni demaniali, occorre assicurare il rispetto delle regole della *par condicio*, tra cui, *in primis*, l'effettiva equipollenza delle condizioni offerte dal precedente concessionario e dagli altri aspiranti». Invero la giurisprudenza costituzionale sulla legislazione regionale in materia di concessioni demaniali costiere appare molto articolata e richiederebbe approfondita considerazione (si vedano, a questo proposito, anche i contributi di G. Di Cosimo e E. Verdolini in questo volume).

In linea generale, la Corte costituzionale ha valorizzato la competenza dello Stato in materia di «tutela della concorrenza», presidiata anche dal diritto Ue. Sono stati ritenuti illegittimi, numerosi interventi delle Regioni che avevano introdotto: a) la

possibilità di proroga delle concessioni esistenti (sentt. nn. 1 del 2019; 171 del 2013; 213 del 2011; 80, 233 e 340 del 2010); b) un termine eccessivo di durata delle concessioni (sent. nn. 109 del 2018); c) l'obbligo d'indennizzo a vantaggio del precedente concessionario (sentt. nn. 109 del 2018 e 157 del 2017); d) l'attribuzione di una preferenza al concessionario uscente nell'aggiudicazione delle concessioni (sentt. nn. 221 del 2018 e 40 del 2017). A ben vedere, la Corte costituzionale ha censurato interventi caratterizzati dal medesimo carattere: essere anticoncorrenziali.

Per contro, al di fuori di questo ambito, gli spazi che la Corte costituzionale ha riconosciuto al legislatore regionale nella materia sembrano tutt'altro che irrisori, poiché laddove non incidano sull'assetto concorrenziale del mercato, limitando la concorrenza, le competenze materiali delle Regioni tornano a espandersi.

Ad esempio, nella sentenza n. 40 del 2017 (l.r. Puglia) si ammette che la Regione possa, in sede di redazione dei piani costieri comunali, identificare la quota del territorio demaniale marittimo concedibile a privati per finalità turistico-ricreative in corrispondenza delle aree già oggetto di concessione; qualora la somma di tali aree sia superiore al limite massimo concedibile (40% della linea di costa utile di ciascun Comune), si potrà procedere ad una revoca parziale, in misura non superiore al 50 per cento, delle singole concessioni già assentite. Tale disposizione non comporta infatti il rilascio in via preferenziale di nuove concessioni ai precedenti titolari, né un rinnovo automatico delle concessioni in atto. Non è dunque anticoncorrenziale. Secondo la Corte, il legislatore regionale ha adottato un criterio oggettivo, volto ad evitare discriminazioni, che consente – in armonia con il codice della navigazione – una revoca parziale delle concessioni in atto, nella misura necessaria a garantire la libera fruibilità del 60% degli arenili, in tal modo operando – nell'esercizio delle proprie competenze in una materia di governo del territorio e turismo – un bilanciamento tra l'interesse pubblico alla libera balneazione e quello dei privati allo sfruttamento degli arenili per finalità turistico-ricreative.

Nella sentenza n. 157 del 2017 (l.r. Toscana) è considerata legittima l'introduzione del divieto di affidamento a terzi delle attività oggetto di concessione, salva per attività secondarie e in caso di sopravvenienza di gravi e comprovati motivi di impedi-

mento alla conduzione diretta. La disposizione censurata si inserisce nel perimetro delle competenze amministrative e di indirizzo ascritte alle Regioni in materia di demanio marittimo dalla stessa legislazione statale. Posto infatti che all'amministrazione spetta il potere di assentire l'affidamento a terzi, sia dell'attività principale sia di quelle secondarie ed accessorie, con la disposizione censurata la Regione ha esercitato, in via generale, le prerogative di sua pertinenza, restringendo a monte le possibilità di gestione indiretta delle iniziative economiche di rilievo principale legate all'area demaniale concessa in uso.

Nella sentenza n. 109 del 2018 (l.r. Friuli-Venezia Giulia) si è sottolineato come «l'interesse pubblico» e «obiettivi di matrice collettiva» possano giustificare l'adozione di criteri di dettaglio per la selezione dei concorrenti, modellati dal legislatore regionale, a patto che non contrastino coi principi della legislazione statale di riferimento. La definizione di detti criteri «rientra tra le competenze legislative demandate alle Regioni in esito al trasferimento delle funzioni amministrative legate al demanio marittimo e idrico nel rispetto dei principi di concorrenza». Devono dunque ritenersi legittime «le conseguenti, diverse, discipline territoriali [...] motivate dalle peculiarità di riferimento e dagli obiettivi di matrice collettiva che ciascuna realtà regionale, sulla base delle indicazioni di principio contenute nella legislazione statale di riferimento, può ritenere preminenti nel procedere alla scelta dei possibili utilizzatori».

Merita particolare attenzione la sentenza interpretativa di rinvio n. 86 del 2019 (l.r. Basilicata), secondo la quale non è fondata la questione di legittimità costituzionale della disposizione regionale che consente il rilascio di «concessioni demaniali marittime provvisorie e stagionali ai Comuni o alle Associazioni di volontariato che svolgono opere e/o attività in favore di disabili intellettivi e motori e delle loro famiglie al fine di realizzare strutture stagionali attrezzate per l'accoglienza e il godimento del mare». Tale rilascio, nell'interpretazione data dal giudice costituzionale, deve avvenire sulla base di procedure di selezione contraddistinte da criteri imparziali e trasparenti, resi preventivamente noti mediante un'adeguata pubblicità, ma è consentita dal diritto Ue, poiché l'esigenza dei disabili integra uno dei «motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunita-

rio» richiamati dall'art. 12, par. 3 della direttiva “servizi”. Vi è dunque almeno un caso, emergente dalla giurisprudenza costituzionale, di contemperamento degli interessi attraverso l'utilizzazione di questa clausola di diritto Ue. La legittimità dell'intervento, riconosciuta dal giudice costituzionale, potrà essere considerata dal legislatore e sarebbe auspicabile che fosse valorizzata nell'alveo di una riforma di taglio generale.

A voler tirare le fila, va tenuto presente che, secondo la Corte, la disciplina sul rilascio delle concessioni demaniali investe, in via di principio, diversi ambiti materiali di spettanza sia statale, che regionale. La legislazione regionale è destinata a cedere il passo alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di «tutela della concorrenza», presidiata anche dal diritto Ue, solo quando la norma influisce sulle modalità di scelta del contraente o sulla durata del rapporto, ovvero sia ove si intervenga sull'assetto concorrenziale del mercato in termini tali da restringere il libero accedere ed esplicarsi delle iniziative imprenditoriali. Per contro, viene evidenziato come la competenza statale in materia di «tutela della concorrenza» non sia destinata a operare con assolutezza, posto che essa non può ritenersi così pervasiva da impedire alle Regioni, in materia, ogni spazio di intervento espressivo di una correlata competenza (sentenza n. 161 del 2020 - l.r. Sicilia).

Dal punto di vista del parametro di giudizio utilizzato, la giurisprudenza costituzionale può essere sistematizzata in due fasi temporali: prima della sentenza della Corte di giustizia *Pro-moimpresa*, la Corte costituzionale ha annullato le disposizioni delle leggi regionali per violazione del diritto dell'Unione europea, utilizzando come parametro l'art. 117, c. 1, Cost. e richiamando la libertà di stabilimento e l'ingiustificata compressione dell'assetto concorrenziale del mercato. In questa fase, la Corte costituzionale, ad esempio, equipara qualsiasi tipo di proroga *ex lege* al rinnovo automatico delle concessioni, vietato dalla direttiva “servizi”: si ritengono così incompatibili con il diritto dell'Unione anche le proroghe regionali che non operano in via automatica, cioè quelle subordinate alla verifica, da condursi caso per caso, di determinati presupposti. L'argomento che nella giurisprudenza costituzionale risulta dirimente è quello secondo cui le proroghe *ope legis* delle concessioni in essere costituiscono una barriera all'ingresso nel mercato dei servizi balneari di nuovi

operatori che, in forza delle legislazioni regionali oggetto di scrutinio, non hanno la possibilità di prendere il posto dei vecchi gestori prorogati. Non sembra indifferente a questa scelta di fondo l'argomentazione della Commissione europea nella prima procedura di infrazione contro lo Stato italiano. Va, tuttavia, considerato che l'interprete definitivo del diritto dell'Unione non è la Commissione, bensì la Corte di giustizia. Per intendere quale sia l'esatta estensione del vincolo costituito dal diritto dell'Unione, occorrerà dunque attendere la pronuncia del giudice europeo. In questa prima fase, in sostanza, la Corte costituzionale si è trovata a dover anticipare il giudizio, procedendo ad una interpretazione autarchica del diritto europeo, che poteva anche non corrispondere integralmente alla lettura del giudice europeo e che a tratti si è dimostrata più rigida di quella della Corte di giustizia.

Dopo la sentenza *Promoimpresa*, dal 2016 in avanti, la Corte costituzionale, utilizzando il suo potere di decidere l'ordine di trattazione delle questioni, ritiene assorbita quella posta con riferimento all'art. 117, c. 1, Cost. – peraltro a partire da un certo punto in avanti non più invocato dal ricorrente –, utilizzando in via esclusiva come parametro l'art. 117, c. 2, lett. e). Ne segue che il giudice costituzionale, dal 2016 non si è più trovato nelle condizioni di dover stabilire se le normative regionali violassero il diritto Ue, ma solo a valutare se invadessero la disciplina della concorrenza, che è di esclusiva competenza statale. Viene altresì sottolineato sempre come esista un particolare legame, con riferimento alla concorrenza, tra i due parametri costituiti dall'art. 117, c. 1, e c. 2, lett. e), posto che l'assetto concorrenziale del mercato è tutelato anche in forza del diritto dell'Unione.

2.4 La perdita di efficacia delle concessioni in essere nei casi in cui esse siano frutto di rilascio di proroga e di applicazione di giudicato favorevole

Tornando alle pronunce del Consiglio di Stato, l'incompatibilità comunitaria della legge nazionale che ha disposto la proroga delle concessioni demaniali produce il venir meno degli effetti della concessione (quale conseguenza della non applicazione della disciplina interna), a) sia nei casi in cui le pubbliche ammi-

nistrazioni competenti abbiano rilasciato formali atti di proroga, b) sia nei casi in cui sia intervenuto un giudicato favorevole.

- a) Per quanto concerne atti di proroga rilasciati dalle p.a., secondo il Consiglio di Stato, poiché l'atto di rinnovo della concessione è da qualificarsi come meramente ricognitivo di un effetto prodotto automaticamente in via generalizzata, senza l'intermediazione di alcun potere amministrativo, è la legge introduttiva della proroga, quale legge-provvedimento, ad essere la fonte regolatrice del rapporto. Dato che tale fonte primaria è in contrasto con il diritto Ue, l'effetto della proroga deve considerarsi *tamquam non esset*, come se non si fosse mai prodotto. Sono le dinamiche (di non applicazione) della fonte primaria che regolamenta il rapporto di diritto pubblico a determinare l'effetto di mancata proroga delle concessioni. Ne segue che, se l'atto eventualmente adottato dalla p.a. svolge solo funzione ricognitiva, mentre l'effetto autoritativo è prodotto direttamente dalla legge, la non applicabilità di quest'ultima impedisce il prodursi dell'effetto autoritativo della proroga. Non è dunque utilizzabile il potere di autotutela.
- b) Per quanto concerne il giudicato, la sopravvenienza normativa (cui è equiparabile una sentenza interpretativa della Corte di giustizia) incide sulle situazioni giuridiche durevoli per quella parte temporale che si svolge successivamente al giudicato. Per quella parte, che non è coperta dal giudicato, non vi sono ostacoli a dare immediata attuazione allo *jus superveniens*. La particolarità della vicenda discende dal fatto che la sentenza *Promoimpresa* è stata pronunciata nel 2016, quindi prima della modifica normativa del 2018. La legge nazionale non costituisce pertanto una sopravvenienza idonea ad incidere sul giudicato formatosi successivamente.

3. *Il posticipo della caducazione di efficacia delle concessioni in essere*

Ragioni di opportunità, secondo l'Adunanza plenaria, impongono la previsione in sentenza di un periodo transitorio durante

il quale le concessioni in essere, benché illegittimamente prorogate, mantengono efficacia. La situazione di grave incertezza conseguente alle ripetute proroghe – che dunque viene ammessa anche in questa parte dell’argomentazione – e al mancato – benché preannunciato – riordino della materia, sarebbe aggravata dall’improvvisa cessazione di tutti i rapporti concessori in atto, con il rischio di ripercussioni economiche e sociali gravi, dovute, in particolare, all’elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede. Inoltre, occorre un tempo sia per lo svolgimento delle gare, sia per consentire al legislatore di disciplinare le procedure di affidamento in conformità al diritto Ue, considerato anche il ruolo nevralgico delle medesime nell’ambito dell’economia italiana.

Sebbene l’ordinamento giuridico non necessiti di un ulteriore intervento legislativo per ripristinare la legalità comunitaria, il Consiglio di Stato sottolinea come questo intervallo temporale potrebbe consentire a Governo e Parlamento di approvare una normativa di riordino del sistema di rilascio delle concessioni demaniali, nel rispetto dei principi dell’ordinamento dell’Unione e dei confliggenti interessi fondamentali sia pubblici, che privati implicati.

4. Principi ispiratori per le future procedure ad evidenza pubblica (a legislazione invariata)

Il Consiglio di Stato ritiene di trarre dal materiale normativo esaminato una serie di principi ispiratori, cui la disciplina dello svolgimento delle gare dovrebbe conformarsi, pur nella consapevolezza dei poteri normativi discrezionali del legislatore.

Per i limiti di sistema propri del potere giudiziario, si tratta di una parte delle sentenze in cui non possono essere letti inviti o suggerimenti rivolti al legislatore o addirittura effetti preclusivi nei suoi confronti: il legislatore è e resta pienamente libero di bilanciare gli interessi nel modo ritenuto più opportuno, nel rispetto dei soli vincoli emergenti dall’art. 117, c. 1, Cost. Questa è, piuttosto, una parte delle sentenze la cui efficacia va letta in riferimento alla funzione nomofilattica dell’Adunanza plenaria e al compito che il giudice amministrativo si è dato: le deci-

sioni mettono costantemente al centro della loro attenzione la p.a. e cercano di fornire un quadro regolatorio, conforme al diritto Ue, che possa essere autonomo rispetto ad un intervento legislativo. Le sentenze non mancano dunque di fornire elementi utili alla p.a., nel caso in cui questa si trovasse a dover procedere con i bandi, in assenza di una riforma del quadro regolatorio che fissi criteri di legge, o che ripensi il sistema di gestione dei beni pubblici.

La scelta è ben comprensibile. Nell'ultimo decennio, le amministrazioni sono state costrette a districarsi nell'incertezza e nel caos normativo e giurisprudenziale. Solo da ultimo, a seguito del d.l. 34/2020, alcuni Comuni, applicando la legge dello Stato, hanno emanato provvedimenti di proroga fino al 31 dicembre 2033; altri hanno negato le proroghe, rilevando il contrasto tra la norma nazionale e quella di diritto Ue; altre ancora, dopo aver accordato la proroga, ne hanno disposto l'annullamento in autotutela; altre infine sono rimaste inerti rispetto alle istanze ricevute. In questo contesto di violazione dei principi di certezza del diritto e di uguaglianza, non potendo essere esclusa *a priori* l'inerzia del legislatore statale, sembra utile indicare i punti fermi che le amministrazioni potranno considerare anche a legislazione invariata. Ovviamente il decalogo dei principi ispiratori qui elencati non può che essere inteso come "cedevole" rispetto ad una riforma legislativa.

Secondo il Consiglio di Stato, sono deducibili dal diritto Ue principi di imparzialità, trasparenza, pubblicità; è consentito dal diritto Ue valorizzare in sede di gara considerazioni di salute pubblica, obiettivi di politica sociale, salute e sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, protezione dell'ambiente, salvaguardia del patrimonio culturale e altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario. Secondo il considerando 40 della direttiva "servizi", che merita attenta rilettura per le specifiche contenute, la nozione di «motivi imperativi di interesse generale» cui fa riferimento l'art. 12, par. 3, della stessa direttiva è una nozione giurisprudenziale elaborata dalla Corte di giustizia, suscettibile di evoluzione (per approfondimenti, si rinvia a E. Bartoloni, in questo volume, par. 4.2).

Con riferimento al legittimo affidamento dei titolari uscenti funzionale ad ammortizzare gli investimenti effettuati, la Corte

di giustizia ha ammesso una valutazione caso per caso. Ove il titolare uscente possa dimostrare di aver effettuato investimenti, aspettandosi legittimamente il rinnovo della propria autorizzazione, i bandi di gara potranno riconoscere un indennizzo.

Il principio di rotazione, previsto nel settore dei contratti pubblici, non è imposto nel settore dei servizi; comunque, il Consiglio di Stato evidenzia che andrebbero «evitate ipotesi di preferenza “automatica” per i gestori uscenti, in quanto idonee a tradursi in un’asimmetria a favore dei soggetti che già operano sul mercato (circostanza che potrebbe verificarsi anche nell’ipotesi in cui le regole di gara consentano di tenere in considerazione gli investimenti effettuati, senza considerare il parametro di efficienza quale presupposto di apprezzabilità dei medesimi). La scelta di criteri di selezione proporzionati, non discriminatori ed equi è, infatti, essenziale per garantire agli operatori economici l’effettivo accesso alle opportunità economiche offerte dalle concessioni».

I criteri di selezione dovrebbero riguardare la capacità tecnica, professionale, finanziaria ed economica degli operatori. Nell’ambito della valutazione della capacità tecnica e professionale potranno essere individuati «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; anche tale valorizzazione, peraltro, non potrà tradursi in una sorta di sostanziale preclusione all’accesso al settore di nuovi operatori». Ulteriori elementi di valutazione dell’offerta potranno riguardare «gli standard qualitativi dei servizi, la sostenibilità sociale e ambientale del piano degli investimenti, in relazione alla tipologia della concessione da gestire».

La durata delle concessioni dovrebbe essere limitata e commisurata al valore e alla complessità organizzativa della concessione (cfr. par. 49: «sarebbe opportuna l’introduzione a livello normativo di un limite alla durata delle concessioni, che dovrà essere poi in concreto determinata (nell’ambito del tetto normativo) dall’amministrazione aggiudicatrice nel bando di gara in

funzione dei servizi richiesti al concessionario»). Tale durata non dovrebbe eccedere il periodo di tempo ragionevolmente necessario al recupero degli investimenti, insieme ad una remunerazione del capitale investito (o, per converso, laddove ciò determini una durata eccessiva, si potrà prevedere una scadenza anticipata ponendo a base d'asta il valore, al momento della gara, degli investimenti già effettuati dal concessionario).

«È inoltre auspicabile che le amministrazioni concedenti sfruttino appieno il reale valore del bene demaniale oggetto di concessione. In tal senso, sarebbe opportuno che anche la misura dei canoni concessori formi oggetto della procedura competitiva per la selezione dei concessionari, in modo tale che, all'esito, essa rifletta il reale valore economico e turistico del bene oggetto di affidamento».

5. Osservazioni conclusive sul futuro del sistema costiero italiano: dalla certezza giuridica alla possibilità di sviluppo sostenibile?

Rischi non mancano, certo; ma, una volta riconsegnate le coste e il settore balneare alla certezza giuridica, sembrerebbe aprirsi una sfida interessante, rivolta sia alle Regioni e alle amministrazioni locali, che all'imprenditoria balneare dei diversi territori, che potrebbero e dovrebbero sin d'ora attivare le loro capacità di progettazione creativa e innovativa, nell'ottica della migliore valorizzazione sostenibile del patrimonio costiero locale. Vale la pena ricordare che la sostenibilità, secondo la definizione consolidata delineata in ambito Onu e confluita nell'Agenda 2030 è «una condizione di sviluppo in grado di assicurare il soddisfacimento dei bisogni della generazione presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di realizzare i propri».

Lo sviluppo sostenibile implica tre dimensioni: quella economica, che richiede di assicurare efficienza e reddito per le imprese, nel rispetto dell'ecosistema; quella ambientale, che mira a garantire la disponibilità e la qualità delle risorse naturali, in modo da contrastare il degrado ambientale; e quella sociale – spesso dimenticata –, che implica la necessità di garantire qualità

della vita, sicurezza e servizi per le persone. Si possono richiamare a questo proposito l'indice di sviluppo umano, in termini di reddito dignitoso, aspettative di vita, salute, etc., ma anche l'ampio set di indicatori che mirano alla misurazione della qualità della vita degli individui, in termini di benessere equo e sostenibile, cd. BES, che in Italia è parte del processo di programmazione economica.

È ovvio, peraltro, che la sfida è rilevante e delicata; il bilanciamento tra interessi pubblici e privati in conflitto è complesso; è necessario evitare differenze di trattamento non ragionevoli, perché non ponderate secondo criteri generali; il settore è nevralgico e ha ricadute su politiche di sviluppo economico cruciali per il futuro del Paese, *in primis* sul turismo ed è il principale o il solo per particolari territori. Tutto questo depone ancora una volta per invocare un intervento legislativo di riforma, che abbia le caratteristiche della generalità e astrattezza e sia capace di considerare le peculiarità locali in collaborazione con le Autonomie.

Questa sembra essere la strada maestra, che evitando di assolutizzare mercato e concorrenza, potrebbe realizzare un bilanciamento, includendo gli interessi delle comunità locali, i cui sistemi socio-economici sono strettamente collegati alla filiera del turismo balneare. Una delle soluzioni più interessanti, del tutto estranea dall'ambito di applicazione del diritto Ue, sembrerebbe quella del recupero della categoria dei beni collettivi e dell'attivazione diretta delle amministrazioni locali o delle comunità civiche (si rinvia per gli approfondimenti ai contributi di A. Camaiani e R. Palligiano in questo volume).

Postilla

Le conclusioni cui si perviene in questo saggio sono state in parte anticipate nelle seguenti pubblicazioni: *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si pronuncia sulle concessioni demaniali a scopo turistico-ricreativo. Note a prima lettura*, «Diritto Pubblico Europeo - Rassegna Online», 16, 2, 2022, <<https://doi.org/10.6093/2421-0528/8843>>; e *Il bilanciamento degli interessi in materia di concessioni balneari: quali spazi per il legislatore statale e per le autonomie?*, <<https://www.federalismi.it/>>, 2022.

Bibliografia essenziale

- G. Amato, *Corte Costituzionale e concorrenza*, «Mercato concorrenza regole», 3, 2017;
- M.E. Bartoloni, *Ambito d'applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Napoli, ESI, 2018;
- G. Cerrina Feroni, *La gestione del demanio costiero. Un'analisi comparata in Europa*, «federalismi.it», 4, 2020;
- L. Di Giovanni, *Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga ex lege*, «Rivista italiana di diritto pubblico comunitario», 3/4, 2016, pp. 912-926;
- M.C. Girardi, *Principi costituzionali e proprietà pubblica. Le concessioni demaniali marittime tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, «DPER online», 1, 2019;
- M. Esposito, *I fondamenti costituzionali del demanio. Basi per uno studio sulla disciplina legislativa dei beni pubblici*, Torino, Giappichelli, 2018;
- A. Lucarelli, B. De Maria, M.C. Girardi (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime. Principi costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, Napoli, ESI, 2021;
- A. Lucarelli, *Il nodo delle concessioni demaniali marittime tra non attuazione della Bolkestein, regola della concorrenza ed insorgere della nuova categoria "giuridica" dei beni comuni (Nota a C. cost., sentenza n. 1/2019)*, «Dirittifondamentali.it», 1, 2019;
- A. Lucarelli, L. Longhi, *Le concessioni demaniali marittime e la democratizzazione della regola della concorrenza*, «Giurisprudenza costituzionale», 3, 2018, pp. 1251-1257;
- A. Morrone, *La concorrenza tra Unione Europea, Stato e Regioni*, in M. Ainis, G. Pitruzzella (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Roma-Bari, Laterza, 2019;
- F. Trimarchi Banfi, *La tutela della concorrenza nella giurisprudenza costituzionale. Questioni di competenza e questioni di sostanza*, «Diritto pubblico», 2, 2020, pp. 595-620.