



a cura di Angela Cossiri

## Coste e diritti

Alla ricerca di soluzioni  
per le concessioni balneari



**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](mailto: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).

Creative Commons: Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International

## 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 e 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

## Prefazione

di Angela Cossiri

Questo volume è il frutto del progetto di ricerca “COSTE - Le Concessioni demaniali marittime ad uso Turistico-ricreativo: alla ricerca di soluzioni giuridico-istituzionali scientificamente validabili e concretamente percorribili in un settore strategico per lo sviluppo locale e nazionale”, ammesso a finanziamento su bando 2019 del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Macerata.

Il progetto è stato svolto nell’ambito del Centro di Studi Costituzionali dell’Università di Macerata, che promuove ricerche su temi inerenti al costituzionalismo contemporaneo, privilegiando un approccio interdisciplinare e la collaborazione con studiosi ed esperti italiani e stranieri. Le ricerche mirano anche a mettere a disposizione di istituzioni, enti e associazioni del territorio una variegata *expertise* tecnica e i risultati delle attività scientifiche.

L’idea di fondo che ha guidato lo sviluppo del lavoro è la necessità di affrontare l’annosa questione delle concessioni demaniali marittime italiane, tenendo in dialogo le molteplici prospettive scientifiche implicate, ma anche il punto di vista degli operatori giuridici che hanno rappresentato in giudizio alcuni degli interessi emergenti dalle fattispecie e quella dei livelli istituzionali coinvolti. La mancanza di un approccio olistico nell’affrontare questa tematica, infatti, è stata ed è tuttora una delle concause della mancata soluzione dell’ultradecennale conflitto tra l’Ue e lo Stato italiano.

Nel maggio 2021 si è tenuto un *webinar* cui hanno partecipato studiosi di aree scientifiche diverse e rappresentanti di diversi livelli istituzionali, inclusa l’Autorità portuale. È seguita una

*call for papers*, diffusa da primarie riviste scientifiche, alla quale hanno risposto giuristi e operatori da tutto il territorio nazionale.

Il dossier dei materiali rilevanti, che include giurisprudenza e normativa di riferimento, è disponibile nella sezione “Materiali” del sito *web* del Centro di Studi Costituzionali (<http://studicostituzionali.unimc.it/it>). In questo stesso sito è disponibile anche la videoregistrazione del *webinar*.

Si ringraziano il direttore del Centro di Studi Costituzionali Prof. Giulio Salerno, che ha creduto sin dall’inizio nell’opportunità di sviluppare la tematica proprio nell’alveo costituzionalistico, capace di contenere tutti i diversi interessi fondamentali implicati dalla vicenda che sono meritevoli di bilanciamento; la dott.ssa Claudia Pennacchietti, che con dedizione ha curato l’*editing* del volume e rapporti con autori ed editore; il dott. Giacomo Menegus, che ha collaborato alla raccolta dei materiali.

Il volume esce in pubblicazione l’indomani delle attese pronunce dell’adunanza plenaria del Consiglio di Stato di novembre 2021, che hanno reso il diritto interno compatibile con il diritto dell’Unione europea. Di esse si è dato conto nella terza sezione del volume che ne analizza il contenuto essenziale e le criticità emergenti a prima lettura. Nel momento in cui si scrive si attende l’intervento del legislatore statale: si auspica che esso, oltre a recepire in via legislativa il riallineamento al diritto Ue, sappia contemperare i molteplici interessi pubblici e privati implicati, trovando un punto di bilanciamento appropriato.

Macerata, 21 dicembre 2021

## Introduzione

di Stefano Pollastrelli

I contributi raccolti nel presente volume, scaturiti dal Seminario, organizzato dal Centro di Studi Costituzionali e dalla collegata *call for papers*, affrontano, sotto molteplici profili, il tema cruciale della disciplina delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, che costituisce uno degli aspetti più complessi nel panorama giuridico nazionale ed eurounitario per le forti implicazioni ed interrelazioni tra interessi pubblici, e, nella specie, quelli demaniali, della navigazione, del patrimonio culturale e paesaggistico, dell'edilizia, dell'urbanistica, della pianificazione e dell'ambiente e quelli di natura privata, legati allo sfruttamento commerciale dei beni del demanio marittimo (l'Italia ha un'estensione costiera di circa 7.000 chilometri) da parte di più di circa trentamila imprese balneari. In tale contesto, di delicati equilibri, non mancano interferenze tra competenze statali e regionali (quest'ultime, spesso, si spingono troppo oltre coinvolgendo materie contemplate dal codice della navigazione), che incontrano una costante posizione della Corte Costituzionale in base alla quale allo Stato permangono le facoltà dominicali sul demanio marittimo (note, in tale senso, le dispute in materia di fissazione e riscossione dei canoni demaniali), mentre le competenze amministrative inerenti, in particolare, il rilascio delle concessioni demaniali risultano essere conferite alle Regioni, le cui funzioni sono esercitate dai singoli Comuni costieri.

La disciplina normativa del demanio marittimo è prevista nel codice della navigazione (Titolo II, Libro I – Dei beni pubblici destinati alla navigazione) che non ha mai subito pressoché sostanziali modifiche, né emendamenti dalla sua emanazione (1942), ad eccezione dell'intervento abrogativo, avvenuto

nel 2009, del c.d. “diritto di insistenza” previsto dall’art. 37 c. nav. che garantiva una forma di rinnovo automatico alla scadenza delle concessioni in favore del concessionario uscente (creando un meccanismo perpetuo), a seguito di una procedura di infrazione del 2008 (n. 4908) da parte della Commissione nei confronti dello Stato italiano.

Per vero, se da un lato con tale intervento normativo il Governo si conformava alle osservazioni della Commissione, dall’altro le attenzioni comunitarie in materia demaniale marittima si intensificavano, dando vita ad una delle più tormentate vicende legislative, giudiziarie e politiche, tuttora non ancora sopita, il cui dibattito, in sostanza, si concentrava sulla compatibilità o meno della normativa comunitaria, che imponeva un obbligo di evidenza pubblica per il rilascio delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, alla stregua dei principi generali del Trattato (art. 49) e dell’art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno (da tutti conosciuta come “Direttiva Bolkestein”), con la disciplina nazionale che prevede dal 2010 una serie di proroghe *ex lege*, generalizzate ed automatiche, della scadenza delle concessioni, fissata, con l’ultimo intervento legislativo (legge n. 145/2018), fino al 31 dicembre 2033.

Dibattito che è proseguito anche a seguito della sentenza della Corte di Giustizia del 14 luglio 2016 (cause riunite C-458/14 e C-67/15) che ha precisato l’applicabilità del mentovato art. 12, direttiva 2006/123/CE, alle concessioni demaniali marittime, il cui rilascio deve essere assoggettato ad una procedura di evidenza pubblica con garanzie di imparzialità, trasparenza ed adeguata pubblicità, tenendo in considerazione la sussistenza di un interesse transfrontaliero certo e del requisito della scarsità della risorsa naturale. Tale decisione veniva, di fatto, ignorata dallo Stato italiano che proseguiva con lo strumento della proroga automatica ed indiscriminata, recepita, invece, dalla giurisprudenza amministrativa, criticata, in parte, dalla dottrina, invisata agli imprenditori balneari per ragioni ovvie.

I qualificati relatori, intervenuti nel corso del Seminario hanno affrontato con completezza la fenomenologia delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative sotto

tutti i punti di vista sottesi alla vicenda, affrontando l'argomento con una visione multidisciplinare tra diversi rami del diritto rimasti implicati (diritto della navigazione, diritto costituzionale, diritto regionale, diritto amministrativo, diritto dell'unione europea, diritto civile), con spunti comparatistici (sul sistema concessorio spagnolo e francese), dando risalto al ruolo della ricerca scientifica volta all'individuazione di tecniche e soluzioni delle problematiche.

Nel momento in cui il volume è confezionato, racchiudendo tutte le relazioni tenutesi nel Seminario e i contributi scaturiti dalla *call for papers*, vengono pubblicate le sentenze n. 17 e n. 18 del 2021 del Consiglio di Stato (in Adunanza Plenaria), di cui si darà adeguatamente conto con separati commenti, in calce ai contributi, al fine di impreziosire e rendere più completa l'opera (si rinvia alla sezione III di questo volume).

Le sentenze, in estrema sintesi, ritengono che il descritto sistema italiano, basato sulle proroghe automatiche, è in contrasto con la normativa eurounitaria. Le concessioni in essere avranno efficacia sino al 31 dicembre 2023 ed altre ed eventuali proroghe legislative non saranno ritenute efficaci. Dopo di che, le amministrazioni dovranno predisporre procedure di gara.

Si ritiene, a questo punto, che non sia più procrastinabile una profonda revisione del demanio marittimo (che il Governo, all'uopo delegato, avrebbe dovuto compiere entro aprile 2013) ed, in particolare, delle concessioni demaniali, da parte del legislatore che potrà operare chirurgicamente all'interno delle pieghe delle norme del codice della navigazione oppure stralciare il comparto normativo del demanio marittimo (come venne fatto per la legislazione portuale, inizialmente contemplata nel codice della navigazione) per procedere con un testo di legge che racchiuda e riordini nel suo insieme tutta la materia demaniale marittima a partire dal rilascio delle concessioni fino alla devoluzione allo Stato delle opere (su cui sarebbe opportuno, nondimeno, un'approfondita riflessione) in un contesto di contemperamento dei contrapposti interessi pubblici e privati, con garanzia di salvaguardia al concessionario uscente degli investimenti compiuti (spesso anche ingenti) e dell'avviamento commerciale.





Sezione I  
I CONFLITTI

A - Stato e Unione europea



Valeria Curella

31 dicembre 2033: tra il dire e il fare, ci va di mezzo il mare

SOMMARIO: Considerazioni introduttive sul rapporto tra il sistema nazionale delle concessioni balneari e la disciplina europea – Parte I: Sgomberare il campo da dubbi e incertezze – I.I. Le norme indicano una generale corrispondenza? – I.II. Le norme indicano una specifica corrispondenza? – Parte II: Uno sguardo alle diverse interpretazioni giurisprudenziali – II.I. La corrispondenza nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea – II.II. Le contrapposte interpretazioni nella giurisprudenza amministrativa nazionale – Parte III: Rompere gli ormeggi e compiere un deciso cambio di rotta

*Considerazioni introduttive sul rapporto tra il sistema nazionale delle concessioni balneari e la disciplina europea*

La disciplina delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per finalità turistico-ricreative in Italia è molto articolata e complessa, foriera di problemi e criticità.

Ne sono testimonianza i numerosi interventi che si sono succeduti nel tempo, per lo più nella forma della “decretazione d’urgenza”, come mostra l’elenco nel seguito riportato a titolo esemplificativo e non esaustivo: decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, *Disposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime*, convertito con modificazioni dalla L. 4 dicembre 1993, n. 494 (artt. 01, 02 e 03); decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, *Proroga di termini previsti da disposizioni legislative*, convertito con modificazioni dalla L. 26 febbraio 2010, n. 25 (art. 1, c. 18); legge 15 dicembre 2011, n. 217, *Legge comunitaria 2010* (art. 11); decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, *Ulteriori misure urgen-*

ti per la crescita del Paese, convertito con modificazioni dalla L. 17 dicembre 2012, n. 221 (art. 34-*duodecies*); decreto-legge 24 giugno 2016, n. 113, *Misure finanziarie urgenti per gli enti territoriali e il territorio*, convertito con modificazioni dalla L. 7 agosto 2016, n. 160 (art. 24, c. 3-*septies*); legge 30 dicembre 2018, n. 145 *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021* (art. 1, c. 246 e da 675 a 684); decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, *Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*, convertito con modificazioni dalla L. 17 luglio 2020, n. 77 (art. 186, c. 2); decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104, *Misure urgenti per il sostegno e il rilancio dell'economia*, convertito con modificazioni dalla L. 13 ottobre 2020, n. 126 (art. 100, c. 1).

La richiamata problematicità è, altresì, provata (e forse anche provocata) dalla “difficile coabitazione” con la normativa europea in materia di mercato unico e di libertà di stabilimento nonché libera circolazione dei servizi, non discriminazione e tutela della concorrenza, di cui agli articoli 49, 56 e 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea - TFUE.

In particolare, l'entrata in vigore della direttiva 2006/123/UE relativa ai servizi nel mercato interno (nel seguito direttiva servizi o *Bolkestein*), recepita nell'ordinamento nazionale con il decreto legislativo n. 59 del 2010, ha segnato il passo di tale criticità, che è culminata nell'avvio di due procedure d'infrazione da parte della Commissione europea nei confronti dello Stato italiano per il contrasto tra la disciplina nazionale e l'articolo 12 della direttiva servizi, rubricato *Selezione tra diversi candidati*, nonché l'articolo 49 del TFUE sulla libertà di stabilimento.

La prima P.I. 2008/4908, avviata il 29 gennaio 2009, è stata archiviata il 27 febbraio 2012 a seguito dell'adozione della legge n. 127 del 2011, *Legge comunitaria 2010*, che ha abolito il rinnovo automatico delle concessioni balneari e ha delegato il Governo a effettuare entro il 17 aprile 2013 la revisione e il riordino complessivo della materia in conformità ai principi di derivazione europea.

La seconda P.I. 2020/4118, avviata il 3 dicembre 2020 a causa della mancata realizzazione della prevista riforma e, soprattutto, della proroga generalizzata e automatica delle concessioni esistenti al 31 dicembre 2033, disposta con la legge n. 145 del 2018 – *Legge finanziaria 2019*, è tuttora in corso.

È proprio su questi ultimi aspetti e profili maggiormente critici, relativi alla “eccessiva” durata delle concessioni e alle “inatuate” procedure di selezione competitiva per l’assegnazione e per il rinnovo delle stesse, di fatto sostituite in Italia da un meccanismo di proroga automatica, che si concentrerà l’attenzione.

Saranno, invece, tralasciate le questioni relative alla clausola di preferenza per il concessionario uscente (c.d. *diritto di insistenza*), di cui all’articolo 37, c. 2, del *Codice della navigazione*, adottato con R.D. 30 marzo 1942, n. 327, e quelle in ordine all’esiguo ammontare del canone versato alla pubblica amministrazione quale corrispettivo della concessione.

La prima questione, in quanto superata (almeno formalmente) con l’abrogazione della relativa previsione da parte della già menzionata *Legge comunitaria 2010* (art. 11, c. 1, lett. a), e la seconda, poiché, sebbene connessa ai profili inerenti allo sfruttamento economico di un bene demaniale e all’esercizio di un’attività produttiva attraverso di esso, sembra avere una maggiore correlazione con gli aspetti “proprietary” del bene, viceversa non rilevanti per il diritto europeo, come testimoniato dall’articolo 345 TFUE, per il quale: «I trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri».

Il problematico rapporto tra il sistema nazionale delle concessioni balneari e la disciplina europea in ordine ai punti sopra evidenziati, è insieme la “causa ed effetto” del nutrito contenzioso sviluppatosi nel corso degli anni con orientamenti e pronunce oscillanti che hanno contribuito ad accrescere la confusione e l’incertezza, sia per gli operatori che per le pubbliche amministrazioni.

Da un lato, la Commissione e la Corte di giustizia europea, nonché parte della giurisprudenza nazionale, rilevano e sollevano questioni di conformità della disciplina nazionale con i principi di diritto europeo sopra richiamati, sulla base del presuppo-

sto che le concessioni demaniali marittime, affidate a un soggetto privato che ne trae profitto (ancorché a fronte del versamento di un canone periodico), non possono essere oggetto di rinnovo automatico e il loro rilascio deve avvenire mediante una procedura trasparente di selezione.

Dall'altro, le autorità italiane e parte della giurisprudenza nazionale, pur annunciando «una generale revisione del sistema delle concessioni demaniali marittime in un'ottica di armonizzazione delle normative europee», considerano il quadro giuridico nazionale coerente con il diritto dell'Unione, in nome di principi altrettanto fondamentali, quali la certezza del diritto e la tutela del legittimo affidamento **per garantire le situazioni giuridiche in atto** e assicurare l'interesse pubblico all'ordinata gestione del demanio senza soluzione di continuità.

Ne è scaturita una situazione caotica e disomogenea in cui le amministrazioni locali, alle quali le Regioni hanno delegato la competenza in materia di rilascio delle concessioni, in attuazione dell'articolo 105, c. 1, lettera l), del decreto legislativo n. 112 del 1998, *Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59*, hanno assunto determinazioni e comportamenti differenti: alcune hanno attuato la proroga delle concessioni esistenti, altre l'hanno rifiutata, altre ancora, dopo averla accordata, ne hanno disposto l'annullamento in autotutela, altre, infine, sono rimaste inerti.

Importanti sono le conseguenze, oltre che sul piano giuridico, anche per le ricadute economiche, occupazionali e sociali in un settore evidentemente strategico in Italia, quale quello turistico balneare.

Il litorale italiano è il quattordicesimo più lungo del mondo e il quinto più lungo in Europa, con una costa naturale di circa 7.500 km, per due terzi formata da coste basse, sabbiose e rocciose. Circa il 70% delle coste basse è costituito da spiagge sabbiose o ghiaiose, per una lunghezza complessiva di 3.270 km e una superficie territoriale di oltre 120 km<sup>2</sup> [ISPRA 2011].

Le imprese operanti nel settore sono circa 30 mila, per lo più piccole-medie imprese, spesso a conduzione familiare, profondamente radicate nel territorio, mentre sono circa 300 mila gli occu-

pati, con una generazione di valore aggiunto pari a 800 milioni di euro, ossia circa il 3% del PIL [Relazione tecnica art. 100 decreto-legge n. 104 del 2020 e sito *web* [www.mondobalneare.com](http://www.mondobalneare.com)].

In questa sede, converrà verificare come le criticità e le divergenze sopra evidenziate possano essere “positivamente” superate, al fine di addivenire ad una disciplina della materia che fornisca un quadro chiaro, certo e stabile nel quale operare, bilanciando i diversi interessi implicati.

Ciò, non soltanto in nome e a beneficio dell'appartenenza dell'Italia all'Unione europea ma, soprattutto, per promuovere l'efficienza, la produttività e l'innovazione delle imprese italiane operanti in un comparto già duramente colpito dalla pandemia da coronavirus, nonché per assicurare maggiore qualità dei servizi, crescita economica e ripresa degli investimenti, avendo cura di preservare contemporaneamente l'ambiente e, in particolare, il patrimonio marittimo.

Senza voler ripercorrere tutte le tappe dell'annosa questione, varrà la pena focalizzare l'attenzione su alcuni punti essenziali e, attraverso una lettura critica dei principali interventi legislativi e giurisprudenziali in materia, con uno sguardo scevro da pregiudizi e condizionamenti, tentare di sgombrare il campo da dubbi e incertezze per delimitare l'ambito di riferimento e il regime giuridico ad esso applicabile.

In sostanza, si tenterà di stabilire se le concessioni balneari, così come disciplinate dalla normativa nazionale, rientrino nell'ambito di applicazione della direttiva servizi e, in caso affermativo, se tale evenienza ricorra anche nelle particolari condizioni contemplate all'articolo 12 della direttiva medesima (Parte I).

Successivamente si volgerà lo sguardo alla giurisprudenza, per verificare le principali interpretazioni e tesi consolidate sull'argomento (Parte II).

Infine, si cercherà di individuare possibili spunti, suggerimenti e soluzioni operative per la realizzazione, da parte del decisore nazionale, della necessaria revisione normativa e della riorganizzazione, anche procedurale, del sistema delle concessioni balneari, a garanzia e tutela dei diritti e interessi di tutte le parti in gioco (Parte III).

## Parte I: *Sgomberare il campo da dubbi e incertezze*

### I.I *Le norme indicano una generale corrispondenza?*

Prima di verificare l'eventuale corrispondenza degli ambiti di intervento e regolazione tra la disciplina nazionale e quella europea, va premesso che la direttiva *Bolkestein* ha realizzato un'armonizzazione completa a livello dell'Unione in un settore fondamentale, il mercato unico, già disciplinato dal Titolo IV (libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali), Parte Terza (politiche dell'Unione e azioni interne) del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea - TFUE.

Partendo dal presupposto che il mercato unico comporta uno spazio senza frontiere interne nel quale è assicurata la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi (artt. 49, 56 e 106 TFUE), e che l'eliminazione degli ostacoli che impediscono ai prestatori di servizi di stabilirsi e operare oltre i confini nazionali costituisce uno strumento essenziale per «promuovere un progresso economico e sociale equilibrato e duraturo all'interno dell'Unione», la direttiva servizi ha stabilito il quadro giuridico finalizzato ad assicurare tali libertà tra gli Stati membri, insieme a una maggiore certezza sulle disposizioni giuridiche applicabili.

Esattamente quello che qualche anno dopo è stato realizzato in materia di appalti pubblici dalla direttiva 2014/23/UE, che ha istituito il quadro giuridico per l'aggiudicazione dei contratti di concessione di servizi diversi da quelli in esame, come “diametralmente” chiarito dal considerando n. 15 della direttiva sugli appalti pubblici, per il quale «taluni accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, [...], mediante i quali lo Stato oppure l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore fissa unicamente le condizioni generali d'uso senza acquisire lavori o servizi specifici, non dovrebbero configurarsi come concessioni ai sensi della presente direttiva», e dal considerando n. 57 della direttiva servizi, secondo cui la direttiva non si occupa delle norme sugli appalti pubblici che disciplinano la conclusione di contratti da parte delle autorità competenti per la prestazione di un servizio particolare.



Del resto, all'interno dell'Unione europea, ogni attività produttiva suscettibile di apprezzamento in termini economici, che attribuisce un vantaggio economico e interferisce con la tutela del mercato e della concorrenza, viene opportunamente regolata.

La direttiva *Bolkestein*, in particolare, si applica «ai servizi forniti da prestatori stabiliti in uno Stato membro» (art. 2, par. 1) e individua una lista dei servizi esclusi, tra cui quelli non economici d'interesse generale (ad esempio di natura amministrativa), i servizi finanziari, i servizi di comunicazione elettronica, i servizi di trasporto, compresi quelli portuali, e i servizi sanitari (art. 2, par. 2). Sono incluse, dunque, tutte le altre categorie di servizi, da quelli rivolti alle imprese, come manutenzione e sorveglianza, a quelli indirizzati alle famiglie e ai consumatori, come servizi turistici o di assistenza a domicilio, compresi i servizi misti, come la ristorazione, e i servizi professionali o di formazione.

Nell'ottica della semplificazione amministrativa, la direttiva *Bolkestein*, che definisce la libertà di stabilimento come «l'esercizio effettivo di un'attività economica [...] a tempo indeterminato da parte del prestatore, con un'infrastruttura stabile a partire dalla quale viene effettivamente svolta l'attività di prestazione di servizi» (art. 4, punto 5), individua alcuni elementi necessari a facilitarne l'esercizio. Si tratta, ad esempio, della creazione di uno sportello unico, a cui il prestatore di un servizio deve rivolgersi per la richiesta di ogni tipo di autorizzazione, informazione o formalità (art. 6), con l'obbligo dell'introduzione di procedure elettroniche in grado di assicurare l'accesso a ogni potenziale prestatore di servizi, anche fisicamente distante (art. 8).

Un elemento importante di novità della direttiva in parola è che non si limita all'inquadramento legislativo dei prestatori, ma si occupa anche dei destinatari dei servizi, tutelati attraverso la possibilità di usufruire di assistenza in caso di richiesta di informazioni su specifici servizi presenti sul mercato e dagli obblighi di qualità imposti ai prestatori, sia a livello di informativa del servizio offerto, sia in merito alle comunicazioni commerciali professionali (gli Stati membri sono incentivati a adottare misure di accompagnamento volte ad ottenere certificazioni di qualità per i prestatori di servizi) (artt. 22-27).

Nello specifico che qui ci riguarda, i considerando nn. 39 e 57 della direttiva servizi chiariscono, rispettivamente, che «La nozione di regime di autorizzazione dovrebbe comprendere, in particolare, le procedure amministrative per il rilascio di autorizzazioni, licenze, approvazioni o concessioni, [...]» e che «Le disposizioni della presente direttiva [...] dovrebbero riguardare i casi in cui l'accesso ad un'attività di servizio o il suo esercizio da parte di operatori richieda la decisione di un'autorità competente».

L'articolo 4, punto 6, della direttiva medesima definisce "regime di autorizzazione" «qualsiasi procedura che obbliga un prestatore o un destinatario a rivolgersi ad un'autorità competente allo scopo di ottenere una decisione formale o una decisione implicita relativa all'accesso ad un'attività di servizio o al suo esercizio».

Infine, nell'ambito della sezione 1 del capo III, relativa alle autorizzazioni, l'articolo 9 della direttiva disciplina la possibilità per gli Stati membri di subordinare l'accesso ad un'attività di servizio e il suo esercizio ad un regime di autorizzazione nel rispetto dei criteri individuati dall'articolo 10, tra i quali il non essere discriminante, l'essere reso pubblico in maniera preventiva e l'essere trasparente e accessibile; l'articolo 11 riguarda la durata delle autorizzazioni, che può considerarsi illimitata fatta eccezione per alcuni specifici casi in cui, ad esempio, il numero di autorizzazioni disponibili è limitato da un motivo imperativo di interesse generale o ancora l'autorizzazione prevede il rinnovo automatico o è esclusivamente soggetta al costante rispetto dei requisiti; l'articolo 12 riguarda il caso in cui il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, con la conseguente necessità di prevedere «una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento».

In sostanza, qualora lo sfruttamento economico di un bene pubblico (demaniale) da parte di un soggetto privato sia subordinato al rilascio di una decisione da parte dell'autorità competente (concessione), ancorché a fronte di un corrispettivo (canone),

la direttiva *Bolkestein* richiede che tutti gli operatori potenzialmente interessati possano concorrere a tale assegnazione, segnatamente quando il bene oggetto di sfruttamento economico è per sua natura limitato.

Muovendo da tale principio, ne consegue che ogni volta che un provvedimento attribuisce un vantaggio economico ad un soggetto, ed è perciò potenzialmente in grado di alterare la concorrenza, occorre procedere attraverso una gara ad evidenza pubblica. E ancora, che non è possibile prorogare le concessioni illimitatamente o per lunghi periodi senza alcuna motivazione, in quanto tale bene (e concessione) continuerebbe a perpetuare un vantaggio in capo ad un solo soggetto.

Sul versante nazionale, va premesso che, in base all'articolo 7, c. 1, della legge n.135 del 2001, *Riforma della legislazione nazionale del turismo*, il quale definisce come "imprese turistiche" quelle che «esercitano attività economiche organizzate per la produzione, la commercializzazione, l'intermediazione e la gestione di prodotti, di servizi, tra cui gli stabilimenti balneari, di infrastrutture e di esercizi, compresi quelli di somministrazione facenti parte dei sistemi turistici locali, concorrenti alla formazione dell'offerta turistica», i concessionari degli stabilimenti balneari sono veri e propri imprenditori.

Essi gestiscono, prevalentemente in un arco temporale concentrato (stagione estiva), una serie di attività e servizi che vanno dall'affitto di ombrelloni e lettini, alla ristorazione e bar, all'animazione per bambini, ad attività legate al benessere (massaggi e idromassaggi) e allo sport (piscine e campi da gioco) e ad attività serali o notturne (longue bar e discoteca).

La particolarità della loro impresa sta nel fatto che gli stabilimenti balneari insistono sul suolo pubblico demaniale di proprietà inalienabile dello Stato, gestito e curato in ogni aspetto (v. la pulizia, cura e manutenzione dell'arenile e la garanzia del servizio di assistenza e salvataggio), così come stabilito nella relativa concessione.

Pertanto, le concessioni balneari sono assoggettate sia alle disposizioni che regolano le imprese di cui agli artt. 2082 e ss. del Codice civile che alla disciplina che fa riferimento ai beni demaniali marittimi ad uso turistico ricreativo di cui agli articoli 36 e ss.

del *Codice della navigazione*, adottato con R.G. 30 marzo 1942, n. 327, e al *Regolamento per l'esecuzione del Codice della navigazione*, adottato con decreto D.P.R. 15 febbraio 1952, n. 328.

Proprio dal tenore, anche letterale, di queste ultime disposizioni legislative emerge come le concessioni demaniali marittime abbiano ad oggetto tanto «l'occupazione» quanto «l'uso» di un bene demaniale (art. 36, c. 1 Codice cit.). Esse, infatti, sono rilasciate, su domanda del privato (art. 5, c. 1 Regolamento cit.), con un provvedimento adottato dalla pubblica amministrazione (concessione) sulla base delle «maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione» e di una valutazione dell'attività che verrà svolta con il bene, a favore di quella rispondente ad «un più rilevante interesse pubblico» (art. 37, c. 1 Codice cit.). Anche l'affidamento delle attività oggetto della concessione ad altri soggetti e il subingresso (artt. 45-*bis* e 46 Codice cit. e art. 30 Regolamento cit.) possono intervenire solo previa autorizzazione da parte dell'amministrazione concedente basata sugli elementi di «maggiori garanzie» sopra citati.

Nella domanda di concessione, il richiedente deve specificare, tra l'altro, «l'uso che intende fare del bene demaniale e la durata della concessione richiesta» (art. 6 Regolamento cit.); nell'atto di concessione devono essere indicati, tra l'altro, «lo scopo, la durata e le modalità di esercizio» della concessione (art. 19 Regolamento cit.); la revoca della concessione può essere disposta «per specifici motivi inerenti al pubblico uso del mare o per altre ragioni di pubblico interesse, a giudizio discrezionale dell'amministrazione» (art. 42 Codice cit.); la decadenza del concessionario può essere dichiarata dall'amministrazione, tra l'altro, «per non uso continuato durante il periodo fissato a questo effetto nell'atto di concessione, o per cattivo uso» (art. 47 Codice cit.).

Sembra palese come l'oggetto (materiale) delle concessioni balneari, individuabile nell'accesso al bene demaniale e nella definizione delle modalità e condizioni generali d'uso dello stesso, sia intrinsecamente connesso, anzi funzionale, all'esercizio dell'attività economica che si vuole intraprendere con il suo impiego (oggetto sostanziale) e non sembra in alcun modo possibile prescindere da tale aspetto. In altri termini, «l'oggetto della concessione cessa di essere l'arenile demaniale, il quale non è di

per sé un bene produttivo, divenendo invece lo stabilimento balneare, quale unità aziendale produttrice di servizi».

In questa disamina non si dovrebbe mai perdere di vista, infatti, la *ratio* all'origine delle concessioni balneari, ossia quella di garantire gli «usi pubblici del mare» (diporto, navigazione, balneazione, pesca, turismo, etc.) coerentemente con la naturale destinazione del bene demaniale, cui fa espresso riferimento l'articolo 35 Codice della navigazione citato; ciò a vantaggio non soltanto dell'operatore che presta il servizio ma soprattutto dei consumatori e della collettività che ne usufruiscono e ne beneficiano, anche indirettamente. *Ratio* in ragione della quale non è plausibile pensare che l'amministrazione concedente possa restare del tutto «indifferente» all'attività svolta dal concessionario con il bene demaniale.

Del resto, se non vi fosse o non avesse rilievo alcuno l'apprezzamento in termini economici dell'attività esercitata dal concessionario attraverso l'impiego del bene demaniale, come potrebbe sembrare nel caso delle concessioni finalizzate allo svolgimento di attività senza scopo di lucro (ad es. sociali, sportive e naturalistiche), per le quali, invece, nulla cambia, intervenendo un'analoga valutazione, la pubblica amministrazione potrebbe concedere il bene senza preoccuparsi della sua «proficua utilizzazione» e per un tempo illimitato.

Ricapitolando, rispetto alle concessioni balneari, ci troviamo, dunque, nell'ambito di provvedimenti amministrativi che vertono sull'autorizzazione a esercitare un'attività economica in un'area demaniale, stabilendone le modalità e le condizioni d'uso, e che immettono un soggetto privato nella possibilità di trarre profitto da un bene pubblico, ossia di stabilirsi in un'area demaniale per il suo sfruttamento economico a fini turistico-ricreativi, esattamente come contemplato dalla direttiva servizi.

## I.II *Le norme indicano una specifica corrispondenza?*

Una volta appurato che le concessioni demaniali marittime ad uso turistico ricreativo ricadono nel raggio di azione (e nell'ambito di applicazione) della direttiva *Bolkestein*, ed escluso che le stesse rientrino nella categoria delle concessioni di ser-

vizi di cui alla direttiva 2014/23/UE in materia di appalti, ossia quelle che vertono su una prestazione di servizi determinata dell'ente aggiudicatore o meglio sul trasferimento al concessionario del diritto e del rischio operativo di gestire un servizio determinato da parte dell'ente aggiudicatore, regolate in Italia dal codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016 e ss. mm. ii., bisogna verificare se tale corrispondenza ricorra anche nelle particolari condizioni poste dall'articolo 12 della direttiva *Bolkestein*.

La prima di queste condizioni è che «Qualora» il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, nell'assegnazione della risorsa per finalità di sfruttamento economico, gli Stati membri devono prevedere una procedura di selezione tra i candidati potenziali (art. 12, par. 1).

La seconda è che, trovandosi in tali circostanze («Nei casi di cui al paragrafo 1»), l'autorizzazione deve essere rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico, né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami (art. 12, par. 2).

Infine, la terza condizione prevede che, nello stabilire le regole della procedura di selezione, gli Stati membri «possono» tener conto 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» (art. 12, par. 3).

Anche in questo caso, alla domanda circa la corrispondenza tra la disciplina nazionale ed europea, sembra potersi rispondere positivamente.

Sulla base dell'assunto per cui il demanio marittimo è una «risorsa naturale ontologicamente scarsa», statuito dal Consiglio di Stato per il quale: «[...] la spiaggia è infatti un bene pubblico demaniale (art. 822 c.c.) e perciò inalienabile e impossibilitato a formare oggetto di diritti a favore di terzi (art. 823 c.c.), sicché proprio la limitatezza nel numero e nell'estensione, oltre che la natura prettamente economica della gestione (fonte di

indiscussi guadagni), giustifica il ricorso a procedure comparative per l'assegnazione» (v. sentenza n. 1416 del 16 febbraio 2021), può affermarsi che le concessioni balneari riguardano inevitabilmente, o meglio hanno ad oggetto, risorse naturali che devono essere considerate scarse.

Sul punto, è possibile rinviare, inoltre, a quanto detto a proposito della stretta connessione tra il bene e l'attività economica svolta attraverso il suo utilizzo e valutare, quindi, non soltanto la scarsità della "risorsa demanio marittimo" in sé considerata ma anche in rapporto al "limitato numero di autorizzazioni disponibili" per il suo sfruttamento economico.

In questo modo, verranno chiamati in causa altri elementi e parametri utili a effettuare una compiuta valutazione. Esiste, infatti, un numero ottimale di autorizzazioni concedibili rispetto al numero di chilometri di spiaggia demaniale necessario ad assicurare, oltre che la redditività delle imprese, anche la qualità del servizio e il suo impatto sul territorio.

Del resto, che le concessioni demaniali marittime rientrino nell'ambito di applicazione della direttiva servizi anche rispetto alle particolari condizioni contemplate all'articolo 12 della direttiva medesima è indirettamente confermato dai numerosi interventi di proroga automatica delle concessioni balneari effettuati dal legislatore nazionale proprio sulla base del paragrafo 3 del richiamato articolo 12, ovvero appellandosi ai «motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario», quali obiettivi di politica sociale e di tutela dei lavoratori, di protezione dell'ambiente e di salvaguardia del patrimonio culturale.

## *Parte II: Uno sguardo alle diverse interpretazioni giurisprudenziali*

### *II.I La corrispondenza nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*

Analoghe considerazioni riguardanti il rapporto tra la disciplina nazionale e il diritto europeo, con particolare riferimento all'applicabilità della direttiva servizi, si ricavano dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea - CGUE.

Emblematica la sentenza del 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14, Promoimpresa S.r.l., e C-67/15, Mario Melis e altri (c.d. *sentenza Promoimpresa*), resa nell'ambito del rinvio pregiudiziale operato dal Tar Lombardia e dal Tar Sardegna, rispettivamente, in merito alla controversia tra l'impresa concessionaria di un'area demaniale sul Lago di Garda e il Consorzio dei Comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e la Regione Lombardia che avevano negato il rinnovo della concessione e adottato una procedura della gara ad evidenza pubblica per attribuirle, e il concessionario di uno stabilimento balneare al quale il Comune di Loiri Porto San Paolo e la Provincia di Olbia-Tempio avevano ordinato la rimozione delle attrezzature dall'area del demanio marittimo.

In tale pronuncia, la CGUE ha rilevato che «le concessioni demaniali marittime e lacuali rilasciate dalle autorità pubbliche che mirano allo sfruttamento di un'area demaniale a fini turistico-ricreativi possono essere qualificate come autorizzazioni, ai sensi delle disposizioni della direttiva 2006/123, in quanto costituiscono atti formali, qualunque sia la loro qualificazione nel diritto nazionale, che i prestatori devono ottenere dalle autorità nazionali al fine di poter esercitare la loro attività economica» (v. punti 40 e 41); che tali concessioni riguardano risorse naturali ai sensi dell'articolo 12 della direttiva 2006/123, «dato che le aree demaniali in questione sono situate [...] sulle coste marittime italiane» (v. punto 42) e che le stesse non rientrano nella categoria delle «concessioni di servizi» disciplinate dalle norme relative agli appalti pubblici di cui alla direttiva 2014/23 (v. punti 44-48).

Oltre a queste considerazioni, la CGUE ha stabilito due importanti principi.

Il primo riguarda il divieto di rilascio (e rinnovo) delle concessioni balneari in assenza di una procedura selettiva tra tutti gli operatori economici potenzialmente interessati quando il bene oggetto di sfruttamento economico è per sua natura limitato (v. punto 43), causa il possibile prodursi di un *vulnus* alla libertà di stabilimento e, di riflesso, alla tenuta del mercato unico europeo (v. punti 49 e 50): «L'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE [...], deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale, come quella di cui ai procedi-



menti principali, che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati» (v. punto 57).

Il secondo principio riguarda il fatto che, rientrando le concessioni balneari (anche) nell'ambito dell'articolo 49 TFUE, l'eventuale inapplicabilità delle disposizioni della direttiva servizi, e segnatamente dell'articolo 12, non esimerebbe le autorità concedenti dall'affidare le concessioni mediante una procedura trasparente di gara, quando presentano un «interesse transfrontaliero certo», ossia quando sono suscettibili di attirare l'interesse economico di un operatore situato in un altro Stato membro dell'Unione (v. punti 63-65).

In entrambe le circostanze, la CGUE, pur rimettendo al giudice nazionale la valutazione caso per caso circa la natura e consistenza della risorsa attribuita in concessione e la sussistenza di un interesse transfrontaliero certo, ha segnalato alcuni parametri utili allo scopo.

Per quanto riguarda la “scarsità del bene”, la Corte ha sottolineato che «il fatto che le concessioni di cui ai procedimenti principali siano rilasciate a livello non nazionale bensì comunale deve, in particolare, essere preso in considerazione al fine di determinare se tali aree che possono essere oggetto di uno sfruttamento economico siano in numero limitato» (v. punto 43). Essa ha, dunque, focalizzato l'attenzione sulla dimensione (e sulla prospettiva) locale della competenza al rilascio delle concessioni, in quanto suscettibile di produrre risultati (ed effetti giuridici) diversi che se fosse operata a livello nazionale. In pratica, la CGUE sembra dire “un conto se si valuta il totale complessivo di chilometri di costa a livello nazionale (com'era originariamente per l'Autorità marittima), un conto se si valutano le singole porzioni di chilometri di costa di pertinenza/competenza a livello comunale”, con tutte le conseguenze che ne derivano.

In relazione “all'interesse transfrontaliero certo”, la Corte ha indicato parametri quali l'importanza economica della concessione, il luogo della sua esecuzione (o situazione geografica del bene) e le sue caratteristiche tecniche (v. punti 66 e 67); criteri suscettibili di essere integrati da fattori connessi all'accessibilità

del bene, alla presenza di collegamenti, infrastrutture e impianti nelle sue vicinanze nonché alle caratteristiche geomorfologiche del territorio, in quanto elementi in grado di accordare o limitare un vantaggioso sfruttamento della concessione.

La sentenza ha chiarito, inoltre, che, in caso di contratti aventi un interesse transfrontaliero certo, una disparità di trattamento tra i concessionari esistenti e gli operatori economici che aspirano alla concessione può «essere giustificata da motivi imperativi di interesse generale, in particolare dalla necessità di rispettare il principio della certezza del diritto» solo se le concessioni sono state affidate in un'epoca in cui non era ancora stato dichiarato l'obbligo di trasparenza e non discriminazione. Diversamente, «è previsto che si tenga conto di tali considerazioni solo al momento di stabilire le regole della procedura di selezione dei candidati potenziali e fatto salvo, in particolare, l'articolo 12, paragrafo 1, di tale direttiva».

In sintesi, l'unico caso in cui si potrebbe giustificare la proroga di una concessione demaniale è quello in cui il concessionario abbia ottenuto il titolo autorizzatorio prima dell'entrata in vigore della direttiva servizi, in modo che «la risoluzione di siffatta concessione sia corredata di un periodo transitorio che permetta alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili, in particolare, dal punto di vista economico» (v. punti 53-54, 71-73).

Sul punto, la Corte ha osservato che «una giustificazione fondata sul principio della tutela del legittimo affidamento richiede una valutazione caso per caso che consenta di dimostrare che il titolare dell'autorizzazione poteva legittimamente aspettarsi il rinnovo della propria autorizzazione e ha effettuato i relativi investimenti. [...] non può pertanto essere invocata validamente a sostegno di una proroga automatica istituita dal legislatore nazionale e applicata indiscriminatamente a tutte le autorizzazioni in questione» (v. punto 56).

La pronuncia della CGUE, sebbene resa nel contesto di un rinvio pregiudiziale, e non di un procedimento per infrazione, ha dunque accertato, con efficacia *erga omnes* e vincolante per lo Stato membro in tutte le sue articolazioni, sia giurisdizionali che amministrative, il contrasto tra la legislazione italiana e

il diritto europeo, in ordine al regime di proroghe automatiche e all'assenza di procedure competitive per l'assegnazione delle concessioni. Ciò in quanto, specie a fronte di risorse scarse e di un interesse transfrontaliero certo, la direttiva servizi e il diritto primario dell'Unione (art. 49 TFUE) prescrivono concessioni di durata limitata nel tempo, rilasciate (sia in sede di rinnovo che di prima assegnazione) tramite lo strumento della gara.

## *II.II Le contrapposte interpretazioni nella giurisprudenza amministrativa nazionale*

In premessa, occorre fare un rapido cenno alle numerose sentenze (tra le altre, n. 180/2010, n. 233/2010, n. 340/2010, n. 10 del 29 gennaio 2021), con cui la Corte costituzionale ha chiarito che la materia delle concessioni balneari rientra nella tutela della concorrenza, di competenza esclusiva statale, in base al riparto di competenze tra lo Stato e le Regioni realizzato dall'articolo 117 della Costituzione. Le leggi regionali, quindi, non possono disciplinare autonomamente la materia né derogare alla disciplina nazionale, per incompetenza; conseguentemente esse non devono essere valutate per contrasto con il diritto europeo bensì direttamente con la Costituzione.

Per la presente disamina, tuttavia, tenuto conto del rinvio operato dalla CGUE nella sentenza *Promoimpresa* al giudice (e all'amministrazione) nazionale, chiamato a valutare caso per caso il contesto rispetto alla scarsità delle risorse e all'interesse transfrontaliero e, quindi, alla legislazione applicabile, è rilevante l'esame della giurisprudenza amministrativa.

Quest'ultima è spesso concorde nel ritenere che le disposizioni di proroga automatica e generalizzata delle concessioni demaniali marittime non siano applicabili a causa del contrasto con i principi e i vincoli posti in tema di diritto di stabilimento, tutela della concorrenza, *par condicio*, imparzialità e trasparenza da norme di diritto europeo auto esecutive, c.d. *self-executing* (articoli 49 e 56 TFUE e articolo 12 della direttiva 2006/123/UE). Conseguentemente, numerosi sono i casi di annullamento per invalidità del provvedimento amministrativo di concessione della proroga, con tutte le conseguenze, anche in ambito penale

(v. ipotesi di reato di cui all'articolo 1161 Codice della navigazione per occupazione abusiva del demanio marittimo formulata dalla Corte di Cassazione, Sezione III sentenze nn. 25993 del 12 luglio 2019 e 29105 del 21 ottobre 2020).

Lo schema seguito da tali pronunce è ancora quello delineato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 170 del 1984, c.d. *La Pergola*, sul presupposto della separazione tra gli ordinamenti nazionale ed europeo, per cui, tutte le volte che una norma nazionale è in contrasto con una norma di diritto europeo direttamente applicabile, si pone la questione di quale sia la norma applicabile e non la questione di validità (incostituzionalità), come per i casi di contrasto con una norma di diritto europeo non *self-executing*; schema oggi superato dall'articolo 117, c. 1 della Costituzione, che non ammette la separazione tra ordinamenti e, al contrario, li salda, non tollerando più (pena l'incostituzionalità) la non conformità delle leggi nazionali al diritto europeo, quale che esso sia, auto esecutivo o meno.

In altri termini, i Comuni non possono applicare la norma italiana sulla proroga delle concessioni ma devono indire una gara per il loro affidamento nel rispetto della disciplina europea.

In tal senso si è chiaramente espresso il Consiglio di Stato, pronunciandosi circa l'illegittimità della proroga automatica e generalizzata delle concessioni demaniali marittime e sull'obbligo di non applicazione della norma nazionale contrastante con le norme di diritto europeo direttamente applicabili, con il conseguente potere-dovere per il giudice di assicurare la piena applicazione delle norme europee, aventi un rango preminente (v. sentenze nn. 1707 del 15 marzo 2019, 7874 del 18 novembre 2019, 4610 del 17 luglio 2020 e 1416 del 16 febbraio 2021).

Il Consiglio di Stato ha, altresì, sottolineato che «[...] la sottoposizione ai principi di evidenza trova il suo presupposto sufficiente nella circostanza che con la concessione di area demaniale marittima si fornisce un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai ricordati principi di trasparenza e non discriminazione» (v. sentenze nn. 168 del 25 gennaio 2005 e 394 del 31 gennaio 2017).

Sul tema, vale la pena mettere a confronto le recenti opposte pronunce (e letture dell'ordinamento nazionale in rapporto con

quello unionale) rese su due ricorsi praticamente identici avanzati dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – AGCOM.

La prima è la sentenza dell'8 marzo 2021, n. 363 con la quale il Tar Toscana, Sezione II, in linea con i richiamati indirizzi giurisprudenziali della Corte di Giustizia dell'Unione europea e del Consiglio di Stato, ha accolto il ricorso dell'AGCOM per l'annullamento della Determina Dirigenziale comunale n. 408/2020, con la quale il Comune di Piombino, sulla base di quanto disposto dalla legge n. 145 del 2018, prorogava al 31 dicembre 2033 alcune concessioni balneari.

I giudici toscani si sono pronunciati sulla necessità di disapplicare la norma nazionale di proroga automatica generalizzata delle concessioni poiché in contrasto con la direttiva europea auto esecutiva, ossia «espressiva di norme immediatamente precettive – in particolare, sotto il profilo della precisa e puntuale “norma di divieto” che si rivolge, senza che occorra alcuna disciplina attuativa di sorta da parte degli Stati membri, a qualunque ipotesi (tanto più se generalizzata e incondizionata come nel caso di specie) di proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di procedura di selezione tra i potenziali candidati».

Il Tar Toscana, una volta accertato che le concessioni in esame rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 12 della direttiva servizi, ha affermato che il rilascio (e il rinnovo) delle stesse sia necessariamente subordinato all'espletamento di una procedura di selezione tra potenziali candidati, che deve presentare garanzie di imparzialità, trasparenza e pubblicità, e che «la proroga disposta dall'Amministrazione resistente e la conseguente decisione di non dar corso alla procedura comparativa, siano state disposte in aperta violazione del divieto di applicazione dell'art. 1, commi 682 e 683 della legge n. 145 del 2018. Per tali ragioni la determina impugnata è illegittima e deve essere annullata».

Di opposto avviso il Tar Puglia, Sezione I che, con la recente pronuncia 29 giugno 2021, n. 981, ha respinto il ricorso proposto dall'AGCOM per l'annullamento degli atti con i quali il Comune di Manduria aveva «riconosciuto e preso atto» della proroga delle concessioni demaniali marittime, come «disposta» dall'art. 1 commi 682 e 683 della legge n. 145 del 2018.

È interessante osservare il ragionamento dei giudici pugliesi, sempre sviluppato partendo dalla lettura della sentenza *Pro-moimpresa*, in quanto sembra spostare l'attenzione (e il fulcro del problema) dal contrasto tra normativa nazionale ed europea in sé considerato alla competenza per la mancata applicazione, passando, in un certo senso, dalla norma all'atto.

Il Collegio pugliese, innanzitutto, ha escluso la natura *self-executing* della direttiva servizi, in quanto «la disciplina positiva (in essa contenuta) richiede allo stato nazionale di completare le astratte previsioni della direttiva con norme di dettaglio e disposizioni attuative», anche riservando ad esso rilevanti spazi di discrezionalità come nel caso dell'articolo 12, e ha evidenziato che «la mancata attuazione della direttiva attraverso l'approvazione di una normativa di attuazione idonea, trova nell'ordinamento unionale adeguata ed autonoma sanzione anzitutto nella procedura di infrazione».

Conseguentemente, i giudici pugliesi hanno ritenuto che non sia condivisibile la statuizione della CGUE secondo cui la primazia del diritto europeo deve essere assicurata dallo Stato membro in tutte le sue articolazioni, sia giurisdizionali che amministrative. Più precisamente, che la valutazione circa la sussistenza di elementi, quali la scarsità delle risorse disponibili e l'interesse transfrontaliero certo, che la direttiva europea riserva alla discrezionalità dello Stato, non possa essere rimessa al singolo dirigente comunale o al giudice amministrativo, per di più in assenza di criteri e parametri di riferimento uniformi e predefiniti.

E sebbene il Tar Puglia, da un lato, si sia preoccupato comunque di rilevare «l'assenza di interesse transfrontaliero (che deve invece essere certo) con riferimento a concessioni demaniali marittime, magari ubicate in zone costiere caratterizzate da bassa redditività, aventi ad oggetto stabilimenti balneari di modesta entità e condotti attraverso la forma dell'impresa familiare» e dall'altro, si sia pronunciato sulla necessità dell'approvazione di «una normativa di attuazione uniforme per l'intero territorio nazionale», che fissi criteri uniformi e predefiniti per le procedure di gara ad evidenza pubblica, colpisce la particolare ricostruzione della scala di gerarchia delle fonti dallo stesso effettuata.

Infatti, il Tar è sembrato operare una netta separazione tra obblighi derivanti dal Trattato e dalle direttive *self-executing* e obblighi derivanti dalla direttiva servizi, come se solo nei confronti dei primi non fosse ammesso inadempimento, mentre per i secondi si potesse derogare, attenendosi «all'applicazione della norma nazionale, di certa ed immediata esecutività, non potendosi consentire la violazione della legge certa ed applicabile alla fattispecie», in attesa dell'adozione di una idonea normativa nazionale di attuazione uniforme.

Sul punto, ovvero sulla doverosità o meno della disapplicazione delle leggi statali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate da parte dello Stato in tutte le sue articolazioni (giudici e organi di amministrazione attiva), e più in generale sulla questione del rapporto tra la disciplina europea e la disciplina nazionale in materia di concessioni balneari, converrà attendere la pronuncia dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato prevista per il 13 ottobre 2021 (per gli aggiornamenti alle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si rinvia alla sezione III di questo volume).

### *Parte III: Rompere gli ormeggi e compiere un deciso cambio di rotta*

Una volta sgombrato il campo da dubbi e incertezze e appurato, anche con l'ausilio della giurisprudenza, che le concessioni balneari rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva servizi, ivi compreso l'articolo 12, nonché dei principi di cui agli articoli 49 e 56 TFUE (*iure condito*), si dovrebbe avere il coraggio di azzerare il cronometro e compiere un deciso cambio di passo (e di mentalità) per riportare la situazione (e la disciplina) delle concessioni balneari sotto controllo (*iure condendo*).

Più precisamente, si dovrebbero accompagnare gli imprenditori e gli operatori del settore, così come le amministrazioni locali e centrali, a maturare un radicale cambiamento che li conduca al passaggio da una prassi ormai consolidata e acquisita (quella del regime della proroga automatica), ad un sistema concorrenziale; il tutto, nella consapevolezza che assoggettare le con-

cessioni in esame ai principi di non discriminazione, trasparenza e tutela della concorrenza è essenziale non solo perché ce lo chiede l'Unione europea ma anche perché fa bene al Paese.

La proroga reiterata della durata delle concessioni balneari, infatti, frena gli investimenti e la modernizzazione del settore turistico balneare, sia impedendo l'ingresso sul mercato di nuovi prestatori di servizi, siano essi nazionali o europei, sia compromettendo la certezza del diritto degli attuali concessionari, che «non possono fare affidamento sulla validità delle loro concessioni in quanto rischiano costantemente di vedersene impuginate e annullate da parte dei tribunali nazionali per dare attuazione al diritto dell'UE e conformarsi alle sentenze della CGUE» [Lettera di messa in mora della Commissione europea P.I. 2020/4118 del 3 dicembre 2020, p. 2].

Per compiere questa sorta di rivoluzione occorrerà tornare alle origini della ragione (e della funzione) per la quale sono nate le concessioni balneari, ossia garantire il miglior servizio possibile al cittadino consumatore e, più in generale, il maggior ritorno in termini economici e sociali per la collettività (v. “pubblici usi del mare”), oltre che per dare la possibilità all'operatore privato di trarre profitto da un bene pubblico, o meglio dal servizio che svolge mediante il suo utilizzo.

Contemporaneamente, sarà necessario proiettarsi verso il futuro per concepire un quadro normativo e procedurale chiaro, snello, semplificato e innovativo, volgendo lo sguardo non soltanto alle dinamiche economiche di mercato ma anche alle esigenze di tutela ambientale e di conservazione del patrimonio (e del demanio) marittimo, soprattutto alla luce degli stravolgimenti provocati dal cambiamento climatico e, da ultimo, anche dalla pandemia da coronavirus.

Tutele che hanno trovato espressione a livello europeo, e poi anche nazionale, nel lungo processo di elaborazione e sviluppo di una strategia di gestione integrata delle zone costiere (GIZC) e di una politica marittima integrata (PMI), suscettibili di inglobare o comunque di avere un'influenza nella materia delle concessioni demaniali marittime e nella definizione del relativo regime [v. tra gli altri, Capitolo 17 di Agenda 21, Conferenza Mondiale sull'ambiente tenutasi a Rio de Janeiro nel 1992; COM(95)



511; COM (2000) 547 def.; raccomandazione del 30 maggio 2002 e Protocollo sulla gestione integrata delle zone costiere del Mediterraneo firmato a Madrid il 21 gennaio del 2008, cui l'Unione europea ha aderito nel 2009; regolamento (UE) n. 1255/2011 *che istituisce un programma di sostegno per l'ulteriore sviluppo di una PMI e della GIZC* e la direttiva 2014/89/UE *che istituisce un quadro per la pianificazione dello spazio marittimo*].

Ad avviso di chi scrive, sarebbe opportuno predisporre una disciplina che non differisca nel tempo la realizzazione dei punti salienti della riforma (v. differimento operato dalla legge finanziaria 2019 con diversi DPCM) ma che intervenga direttamente e tempestivamente, tenendo in considerazione le diverse proposte già elaborate, sia a livello istituzionale (Atto Senato n. 2336 *Revisione e riordino delle disposizioni in materia di concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative* del 2016; Atto Camera n. 4302 *Delega al Governo per la revisione e il riordino della normativa relativa alle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali ad uso turistico-ricreativo* del 2017; bozze di DPCM di cui alla legge n. 145 del 2018), che tra le rappresentanze degli addetti del settore, quali, CNA Balneari – sezione balneare della Confederazione nazionale dell'artigianato e della piccola e media impresa Fonte, associazione Imprenditori Turistici Balneari – ITB e European Federation of Beach Enterprises – E.FE.B.E.

Le prossime leggi annuali per il mercato e la concorrenza, previste dall'articolo 47 della legge 23 n. 99 del 2009, *Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia*, e il disegno di legge delega sui contratti pubblici, cui il Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr) ha dato nuovo impulso, potrebbero fornire l'occasione e il contesto appropriato per intervenire, quantomeno, sui seguenti filoni:

- 1) la distribuzione delle competenze;
- 2) la definizione delle procedure per il rilascio e il rinnovo delle concessioni.

Per quanto concerne il primo, è evidente che, nell'assetto delle concessioni, è fondamentale ristabilire “chi fa cosa”, costruendo un sistema di titolarità ed esercizio delle competenze che sia

anzitutto coordinato, efficiente e sostenibile, a tutti i livelli territoriali (nazionale, regionale, locale), pur nella rappresentatività di tutte le componenti interessate (trasporti, sviluppo economico, ambiente, beni culturali e turismo).

Un sistema che sia anche sostenibile in termini di capacità istituzionale e di dotazioni umane, strumentali e finanziarie, evitando inutili appesantimenti e duplicazioni degli adempimenti e delle procedure. Serve, infatti, una chiara ripartizione e attribuzione delle responsabilità che, partendo dalla definizione di regole e principi generali uniformi, si snodi e sviluppi fra i vari livelli e settori amministrativi.

A tal fine, è importante istituire dei collegamenti tra le diverse amministrazioni nonché i potenziali operatori e definirne le modalità di dialogo, interconnessione e interscambio, per garantire loro la disponibilità di dati e informazioni completi e aggiornati, utile al coordinamento delle rispettive politiche e all'adozione di scelte rapide e appropriate.

Diviene allora cruciale l'implementazione degli strumenti informativi già disponibili, quali il Sistema Informativo del Demanio marittimo – SID, previsto con legge n. 44 del 1991 *Programma straordinario per l'aggiornamento del catasto del demanio marittimo e la creazione di un'apposita banca dati* e realizzato nel 1993 dall'attuale Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili.

Gli attuali dati contenuti nel SID, gestiti in cooperazione applicativa con l'Agenzia delle Entrate per gli aspetti fiscali, dovrebbero essere opportunamente integrati con quelli relativi a:

- a) mappatura del litorale e del demanio costiero-marittimo, ivi compresa la reale consistenza dello stato dei luoghi e delle aree libere e concedibili;
- b) censimento della tipologia e del numero di concessioni vigenti;
- c) censimento della tipologia e del numero di imprese concessionarie e sub-concessionarie;
- d) investimenti effettuati nell'ambito delle concessioni vigenti e tempistiche di ammortamento connesse.

In relazione alla definizione delle procedure per il rilascio e il rinnovo delle concessioni (secondo filone di intervento), sembra

opportuno fissare preliminarmente un limite massimo generale della durata delle concessioni e stabilire che la scadenza delle eventuali sub concessioni non può eccedere quella del provvedimento principale nonché individuare delle fasce per la quantificazione del canone, tenendo conto dei vantaggi qualunque sia la loro natura che il concessionario ricava dall'occupazione e dall'utilizzo del demanio pubblico (c.d. valore delle concessioni).

Per quanto concerne la procedura per la scelta del contraente e, quindi, i requisiti soggettivi e oggettivi di partecipazione, le forme di pubblicità, la composizione delle commissioni di gara e i criteri di selezione, si potrebbero mutuare alcuni elementi dal sistema francese, disciplinato dagli articoli da L2124-1 a L2124-5 del *Code général de la propriété des personnes publiques* e dal décret n. 2006-608 du 26 mai 2006 *relatif au concessions de la plage* e fortemente improntato a ragioni di tutela ambientale e di necessaria attenzione per la conservazione dello stato dei beni demaniali.

Si potrebbe, ad esempio, intervenire sui criteri di valutazione in base ai quali la pubblica amministrazione rilascia la concessione, introducendo elementi come la vocazione delle zone interessate nonché di quelle limitrofe e gli obiettivi di conservazione del litorale (v. art. L2124-1 cit. *Code général*).

Si potrebbe subordinare il rilascio e il rinnovo delle concessioni, anche allo svolgimento di una inchiesta pubblica (v. *enquête publique*, tipico istituto di partecipazione introdotto dalla *Loi n. 2002-276 del 27 febbraio 2002 relative à la démocratie de proximité*) volta a informare la collettività rispetto all'azione che si intende intraprendere per raccoglierne opinioni nonché eventuali contro proposte, in modo da fornire all'amministrazione precedente tutte le informazioni possibili per l'assunzione di una decisione partecipata e condivisa. Ciò soprattutto quando la costruzione o localizzazione di una infrastruttura comporta rischi potenziali per l'ambiente o la salute della collettività oppure è suscettibile di porre in competizione più tipologie di interessi contrastanti.

Nell'ambito dei soggetti cui viene assegnata la concessione, si potrebbe accordare un diritto di prelazione ai Comuni o ad associazioni di più Comuni e, qualora tali soggetti rinuncino al

loro diritto, prevedere un'assegnazione concorrenziale, con procedura di gara aperta e presentazione di più offerte concorrenti, tra cui sarà scelta quella ritenuta migliore per l'attività della concessione (v. art. L2124-4 cit. *Code général*, art. 5 cit. décret n. 2006-608 e art. 38 della *Loi* n. 93 - 122 del 29 gennaio 1993 *relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, c.d. *Loi Sapin*).

Rispetto alla selezione concorrenziale, si potrebbe, inoltre, prevedere una sorta di riserva per il (potenziale) concessionario che offra maggiori garanzie di reinvestimento sul territorio, anche in termini occupazionali; o che offra servizi connessi agli aspetti di tutela dell'ambiente e del patrimonio, concependo gli stabilimenti anche come uno strumento di conoscenza del mare attraverso percorsi esplicativo-didattici con il coinvolgimento di biologi, geologi, meteorologi e archeologi per mettere in moto una scienza partecipativa del mare, in linea con la crescente attenzione ai profili di gestione integrata delle coste; o ancora che sia titolare di una certificazione di qualità specifica per gli stabilimenti balneari che garantisce ai clienti degli standard di qualità, fruibilità, accessibilità, sicurezza e tutela dell'ambiente riconosciuti ufficialmente da un terzo ente certificatore (v. la nuova ISO 13009 attraverso cui "leggere la capacità tecnica dell'impresa", in vigore dal 2015).

Altri aspetti sui quali intervenire potrebbero riguardare sia l'imputazione dei proventi derivanti dalla riscossione dei canoni e delle tasse dovuti per l'uso del bene demaniale, più correttamente allocabili nei bilanci delle amministrazioni locali, che la revisione delle norme del Codice della navigazione in tema di indennizzo, segnatamente per le situazioni emergenziali, ormai purtroppo all'ordine del giorno. L'ipotesi dell'indennizzo tramite una somma di denaro versata dal concessionario entrante, già prospettata in passato, potrebbe essere inserita nella formulazione dei capitolati di gara.

In conclusione, sembra davvero arrivato il momento di rompere gli ormeggi e realizzare al più presto una nuova compiuta disciplina delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per finalità turistico-ricreative, tenendo in uguale considerazione i diversi diritti, interessi e fattori rilevanti (ambientale, economi-

co e sociale) in gioco e sfruttando la necessità di rendere maggiormente concorrenziale il sistema come un'occasione per rilanciare il turismo balneare nella direzione che il futuro ci indica.

Anche l'esperienza emergenziale causata dalla pandemia tuttora in corso, infatti, modificando stili di vita, esigenze e direzioni dello sviluppo sociale economico e culturale di ogni Paese, ha messo in evidenza la necessità di concepire un diverso utilizzo degli spazi e dei tempi del turismo balneare, che potrebbe essere meglio garantito dalla previsione di un nuovo sistema basato su regole concorrenziali suscettibili di assicurare l'ingresso nel mercato di nuovi operatori, con nuove competenze e qualifiche, in grado di assicurare benefici per il territorio circostante e la sua collettività, non solo in termini economici ma anche di sostenibilità e tutela del ambiente e del patrimonio.

Del resto, cosa accadrebbe se domani ci svegliassimo tutti con il desiderio o con la necessità di fruire di lunghe distese di spiaggia attrezzate con servizi minimi e completamente amovibili, libere da cemento, campi da gioco, moto d'acqua, consolle dj, pinne fucile ed occhiali?

### *Bibliografia essenziale*

- R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di Diritto dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2020;
- M. Arsì, *I beni pubblici*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Tomo II, Milano, Giuffrè, 2000;
- M. Benedetto, *Spiagge in cerca di regole: studio d'impatto sulle concessioni balneari*, Bologna, Il Mulino, 2011;
- E. Boscolo, *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime*, «Urbanistica e appalti», 11, 2016;
- S. Cassese, *I beni pubblici: circolazione e tutela*, Milano, Giuffrè, 1969;
- M. Condinanzi, *La libertà di stabilimento*, in G. Strozzi (a cura di), *Diritto dell'Unione europea - Parte speciale*, Torino, Giappichelli, 4<sup>a</sup> edizione, 2010;
- A. Cossiri, *La proroga delle concessioni demaniali marittime*, «Federalismi», 14, 2016;
- F. Di Lascio, *La concessione di spiaggia in altri ordinamenti*, 2010, <[https://www.amministrazioneincammmino.luiss.it/wp-content/uploads/2010/12/Di-Lascio\\_concessione-spiagge.pdf](https://www.amministrazioneincammmino.luiss.it/wp-content/uploads/2010/12/Di-Lascio_concessione-spiagge.pdf)>;

- M.S. Giannini, *I beni pubblici*, Roma, Editore Bulzoni, 1963;
- G. Mangialardi, *Obbligatoria la gara per il rinnovo di concessione demaniale*, nota a Cons. St., 21 maggio 2009, n. 3146, «Urbanistica e appalti», 10, 2009;
- R. Mastroianni, *La libertà di prestazione dei servizi nella giurisprudenza comunitaria: i principi generali*, in F. Bestagno, L. G. Radicati di Brozolo (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano, Giuffrè, 2007;
- R. Righi, E. Nesi, *Riflessioni sull'applicazione della Direttiva servizi alle concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico-ricreative*, «Nel Diritto», 8, 2014;
- M. Sabban, *Relazione sul turismo sostenibile nel Mediterraneo*, ARLEM, Euro-Mediterranean Regional and Local Assembly, Bruxelles, 2013;
- Demanio Marittimo. KM-278*, manifestazione promossa dalla rivista MAPPE, Gagliardini Editore e dall'Associazione Demanio Marittimo. Km-278;
- Direzione generale del Mercato interno e dei servizi (a cura di), *Manuale per l'attuazione della Direttiva Servizi*, Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee, Lussemburgo, 2007;
- Direzione Generale Politiche Interne (commissionato da), *Concessioni balneari in Italia e Direttiva 2006/123/EC nel contesto europeo*, Unità Tematica C: Diritti dei cittadini e affari costituzionali del Parlamento europeo, Studio per la commissione PETI, 2017;
- Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale - ISPRA, *05 Mare e ambiente costiero*, Tematiche 2011.

Maria Eugenia Bartoloni

Le concessioni demaniali marittime nel contesto delle libertà di circolazione: riflessioni sulla sentenza *Promoimpresa*

SOMMARIO: 1. Premessa: la libertà di stabilimento quale normativa di riferimento in cui collocare la disciplina relativa alle concessioni demaniali marittime – 2. I due parametri: la disciplina armonizzata; il diritto primario – 3. Il primo parametro: la direttiva 123/2006/CE e il grado di armonizzazione da questa operato – 4. Il secondo parametro: il diritto primario – 4.1. L'interesse transfrontaliero – 4.2. I motivi imperativi di interesse generale – 5. Considerazioni conclusive

*1. Premessa: la libertà di stabilimento quale normativa di riferimento in cui collocare la disciplina relativa alle concessioni demaniali marittime*

Nella pronuncia sui casi *Promoimpresa* e *Melis* (Corte giust. 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15), la Corte di giustizia non ha esitato a indicare che le concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo «riguardano un diritto di stabilimento nell'area demaniale finalizzato a uno sfruttamento economico [...], di modo che le situazioni considerate nei procedimenti principali rientrano, per loro stessa natura, nell'ambito dell'articolo 49 TFUE» (punto 63).

Siffatta qualificazione giuridica, oltre a costituire la premessa necessaria per circoscrivere la normativa europea di riferimento ad esclusione di altre discipline (ad es. la concessione di servizi; v. il punto 47 della sentenza), è utile per cogliere in pieno l'*iter* argomentativo della Corte nel quale, come si vedrà, il diritto primario si interseca con la normativa di diritto derivato e nel quale la regolamentazione dell'uno e dell'altra si escludono a vicenda.

Conviene dunque prendere le mosse da un'analisi, pur breve, del quadro giuridico di riferimento.

La libertà di stabilimento, come è noto, si concretizza essenzialmente nel diritto in capo ad un cittadino di uno Stato membro (oppure, *mutatis mutandis*, di una persona giuridica) di esercitare stabilmente un'attività autonoma nel territorio di un altro Stato membro. Mentre la natura autonoma di un'attività distingue la sfera di operatività del diritto di stabilimento da quella della libera circolazione dei lavoratori, i quali esercitano un'attività alle dipendenze e sotto la direzione di un altro soggetto, il carattere "stabile e continuativo" dell'attività demarca il confine tra l'ambito applicativo del diritto di stabilimento e quello della libera prestazione dei servizi (art. 56 ss. TFUE), che di norma assume carattere temporaneo ed occasionale.

Quanto ai contenuti, la realizzazione della libertà di stabilimento nell'ambito del mercato interno presuppone essenzialmente la rimozione degli ostacoli di natura legislativa e regolamentare posti dagli Stati membri all'esercizio di tale libertà (c.d. integrazione negativa). Tale obbligo, oltre a comportare, innanzitutto, il diritto di libera circolazione e soggiorno in tutto il territorio dell'Unione, implica il divieto per gli Stati membri di subordinare l'accesso o l'esercizio delle attività autonome nel proprio territorio a misure discriminatorie sulla base della nazionalità o dello Stato membro di stabilimento. Siffatto divieto si evince chiaramente dalla lettera dell'art. 49, par 2, TFUE: «la libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese [...] alle condizioni definite dalla legislazione del Paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini». Può essere utile osservare che, fin dalla sentenza *Reyners* (21 giugno 1974, causa 2/74), la Corte di giustizia ha indicato che il divieto di discriminazioni sulla base della nazionalità è provvisto di effetto diretto e può perciò essere invocato dai singoli nei confronti degli Stati membri anche in assenza di misure attuative a livello nazionale ovvero sovranazionale.

La giurisprudenza ha inoltre chiarito che il divieto di discriminazione si estende tanto alle misure direttamente discriminatorie quanto alle misure indirettamente discriminatorie, vale a dire le misure che *de iure* si applicano indistintamente ai citta-



dini ed ai non cittadini, ma *de facto* comportano oneri maggiori o vantaggi minori per i secondi rispetto ai primi. In materia di stabilimento, l'integrazione negativa prevista dal Trattato comporta altresì il divieto, per gli Stati membri, di adottare misure meramente restrittive, vale a dire le misure che, pur non comportando alcuna discriminazione sulla base della nazionalità o del Paese di stabilimento, sono nondimeno suscettibili di ostacolare, scoraggiare o addirittura impedire l'esercizio della libertà di stabilimento garantita dal Trattato.

A fronte di questa pluralità di divieti, il Trattato prevede, al contempo, diverse tipologie di deroghe, espresse o tacite, volte a consentire agli Stati membri di perseguire autonomi obiettivi ritenuti meritevoli di tutela. Tra queste, si pongono i c.d. motivi imperativi di interesse generale. Si tratta di deroghe tacite, introdotte dalla Corte di giustizia, applicabili alle sole misure non discriminatorie. Analogamente alle deroghe espresse, lo Stato membro che invoca i motivi imperativi di interesse generale ha l'onere di dimostrare che le misure contestate sono non solo idonee a conseguire tali obiettivi, ma anche proporzionate rispetto ad essi (v., *infra*, par. 4.2.).

Oltre agli obblighi d'integrazione negativa che, per quanto essenziali, possono non essere sufficienti ad eliminare i complessivi impedimenti alla libertà di stabilimento, il Trattato ha introdotto un altro strumento per garantire l'effettivo esercizio della libertà di stabilimento nell'ambito del mercato interno: l'adozione, ad opera del legislatore dell'Unione, di misure per il ravvicinamento delle legislazioni nazionali (c.d. integrazione positiva). La finalità del ravvicinamento delle legislazioni è proprio quella di eliminare, del tutto o in parte, le differenze tra le legislazioni nazionali che impediscono il corretto funzionamento del mercato interno. Di conseguenza, gli Stati membri non possono più invocare le deroghe espresse contenute nel Trattato o i motivi imperativi di interesse generale ritenuti meritevoli di tutela dalla giurisprudenza per adottare misure nazionali in deroga alla disciplina armonizzata. Quest'ultima, infatti, diviene il parametro rispetto al quale valutare il corretto esercizio, da parte degli Stati membri, dei loro poteri normativi. Le disposizioni di diritto primario, invece, continuano a trovare applicazione in tutte le ipotesi non disciplinate dalla normativa armonizzata. Il rap-

porto tra normativa di carattere primario e secondario può essere configurato, dunque, come un rapporto tra *lex specialis* e *lex generalis*.

## 2. *I due parametri: la disciplina armonizzata; il diritto primario*

Ciò premesso, nella sentenza sul caso *Promoimpresa* la Corte è stata innanzitutto chiamata a individuare la normativa applicabile al caso di specie, verificando innanzitutto se la fattispecie oggetto delle cause riunite rientrasse nella sfera applicativa della normativa armonizzata, cioè la direttiva 123/2006 relativa ai servizi nel mercato interno (in GUUE L 376 del 27 dicembre 2006, pp. 36-68) o ricadesse, al contrario, nell'ambito d'applicazione delle norme di diritto primario.

Al riguardo conviene osservare che i parametri offerti dal diritto rispettivamente primario e derivato non sono neutri o equivalenti. Al contrario, le conseguenze che derivano dall'applicazione dell'uno o dell'altro appaiono piuttosto significative per i margini di manovra che residuano in capo agli Stati membri.

In relazione al diritto primario, basti osservare che gli Stati, attraverso lo strumento offerto rispettivamente dalle deroghe espresse o dai motivi imperativi di interesse generale, preservano una certa discrezionalità normativa, intervenendo in deroga alla disciplina contenuta nell'art. 49 ss. (v., *infra*, par. 4.2.).

In presenza di una normativa di ravvicinamento, invece, il margine discrezionale degli Stati si assottiglia, fino a scomparire del tutto in corrispondenza del differente grado di armonizzazione delle normative statali ad opera del diritto derivato. A tal riguardo, si possono individuare una pluralità di «modelli» di armonizzazione. Tra questi, oltre all'armonizzazione parziale, in presenza della quale le norme nazionali andranno a regolare aspetti diversi da quelli espressamente disciplinati, vi è l'armonizzazione completa o esaustiva. In questa ipotesi, allorché la disciplina dell'Unione va a regolamentare un settore in modo esauriente, gli Stati sono privati della possibilità di intervenire. L'armonizzazione esaustiva o completa comporta infatti la sostituzione di una pluralità di normative nazionali con uno *standard*

uniforme che preclude l'adozione di norme divergenti e non ad opera dei legislatori nazionali.

In questa prospettiva, poiché gli Stati non possono adottare «misure diverse», «misure più restrittive» o provvedimenti «unilaterali» di alcun genere, a meno che ciò non sia espressamente previsto dal diritto derivato, il carattere esaustivo di quest'ultimo determina una sorta di svuotamento del potere statale di intervenire in quegli stessi settori oggetto di disciplina.

### *3. Il primo parametro: la direttiva 123/2006/CE e il grado di armonizzazione da questa operato*

La Corte di giustizia si è mossa proprio in questo alveo concettuale, verificando, innanzitutto, l'applicabilità della direttiva 123/2006, in particolare del suo art. 12, al caso delle concessioni demaniali marittime e il grado di armonizzazione da questa operato.

Nell'indicare che l'art. 12 «riguarda il caso specifico in cui il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili» (punto 37), la Corte è stata preliminarmente chiamata a chiarire la nozione di "autorizzazione", verificando al contempo se fosse soddisfatto il requisito relativo alla "scarsità delle risorse naturali". La Corte non ha avuto difficoltà ad equiparare le «concessioni demaniali marittime e le quali rilasciate dalle autorità pubbliche e che mirano allo sfruttamento di un'area demaniale a fini turistico-ricreativi» (punto 40) ad una autorizzazione ai sensi dell'art. 12. Posto che il regime di autorizzazione è una «qualsiasi procedura che obbliga un prestatore o un destinatario a rivolgersi ad un'autorità competente allo scopo di ottenere una decisione formale o una decisione implicita relativa all'accesso ad un'attività di servizio o al suo esercizio» (punto 38), la Corte ha indicato che le concessioni oggetto dei rinvii pregiudiziali «possono quindi essere qualificate come "autorizzazioni", ai sensi delle disposizioni della direttiva 2006/123, in quanto costituiscono atti formali, qualunque sia la loro qualificazione nel diritto nazionale, che i prestatori devono ottenere dalle autorità nazionali al fine di poter esercitare la

loro attività economica» (punto 41). La verifica, invece, dell'ulteriore requisito richiesto dall'art. 12, cioè l'esigenza di autorizzare un numero limitato di concessioni per via della scarsità delle risorse naturali, è stata rimessa al giudice nazionale (punto 43). Chiaramente, nell'ipotesi in cui fosse soddisfatto anche questo ulteriore requisito, l'art. 12 sarebbe applicabile alle concessioni demaniali marittime.

La Corte è passata dunque ad esaminare la disciplina stabilita all'art. 12 al fine di verificarne il rispetto da parte della normativa nazionale. Come chiaramente indicato, l'art. 12 subordina il rilascio di autorizzazioni, nell'ipotesi in cui il loro numero sia necessariamente limitato a causa della scarsità delle risorse naturali, «a una procedura di selezione tra i candidati potenziali che deve presentare tutte le garanzie di imparzialità e di trasparenza, in particolare un'adeguata pubblicità» (punto 49). Considerazioni legate alla tutela del legittimo affidamento dei titolari delle autorizzazioni possono essere tenute in considerazione soltanto nel rispetto di tali requisiti di imparzialità e trasparenza, quindi nel momento di definire le regole della procedura di selezione e nell'ambito di queste (punti 52-54). Di conseguenza, una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede una proroga *ex lege* delle autorizzazioni, non consentendo di organizzare una procedura di selezione imparziale e trasparente, non permette di tenere in considerazione interessi divergenti (punti 50, 51, 55). Una giustificazione legata al rispetto del legittimo affidamento «non può pertanto essere invocata validamente a sostegno di una proroga automatica istituita dal legislatore nazionale e applicata indiscriminatamente a tutte le autorizzazioni in questione», come accade nei casi oggetto del rinvio pregiudiziale (punto 56).

In definitiva, alla luce dell'analisi operata dalla Corte in applicazione del parametro costituito dalla direttiva, la normativa nazionale risulta incompatibile con il diritto dell'Unione. Inoltre, posto che la direttiva, in particolare i suoi articoli da 9 a 13, provvede ad una armonizzazione esaustiva (punto 61; v., per analogia, sentenza del 16 giugno 2015, *Rina Services e a.*, C-593/13, EU:C:2015:399, punti 37 e 38), la Corte non ha esitato a ribadire che «qualsiasi misura nazionale in un settore che abbia costituito oggetto di un'armonizzazione completa a livel-

lo dell'Unione deve essere valutata in rapporto non alle disposizioni del diritto primario, ma a quelle di tale misura di armonizzazione» (punto 59).

Come si vede, in applicazione dello schema sopra descritto, l'armonizzazione completa priva lo Stato della possibilità di invocare le deroghe espresse previste dal diritto primario, nonché le esigenze imperative riconosciute dalla giurisprudenza, per giustificare misure restrittive nei confronti delle attività o servizi oggetto della misura di armonizzazione, producendo effetti simili a quelli derivanti dal riconoscimento all'Unione di una competenza esclusiva.

Tale approccio sottende infatti la valutazione che, una volta intervenuta una normativa completa ed esauriente a livello di Unione, l'interesse a preservare lo standard di uniformità della disciplina è così preminente da esigere un'astensione da parte degli Stati, oppure l'eliminazione di qualsiasi elemento di disarmonia a livello nazionale alla radice.

#### 4. *Il secondo parametro: il diritto primario*

Il diritto primario torna in gioco, invece, nell'ipotesi di inapplicabilità della direttiva ai procedimenti principali. In quest'ipotesi, la *lex generalis* si riappropria del suo spazio e riassume la sua funzione di parametro al fine di stabilire la conformità della normativa statale.

Nella sentenza sul caso *Promoimpresa*, la Corte ha applicato questo paradigma in maniera ineccepibile: «le questioni pregiudiziali, nella misura in cui vertono sull'interpretazione del diritto primario, si pongono solo nel caso in cui l'articolo 12 della direttiva 2006/123 non sia applicabile ai procedimenti principali, circostanza che spetta ai giudici del rinvio stabilire, [...]» (punto 62).

##### 4.1 *L'interesse transfrontaliero certo*

Poiché le norme sulla libertà di stabilimento, al pari delle altre libertà fondamentali del mercato, trovano applicazione soltan-

to in presenza di un elemento transfrontaliero, la Corte si è premurata di verificare preliminarmente se le concessioni di cui ai procedimenti principali, che riguardano un diritto di stabilimento nell'area demaniale finalizzato a uno sfruttamento economico per fini turistico-ricreativi, presentassero «un interesse transfrontaliero certo».

Conviene osservare che il fattore transfrontaliero o transnazionale è quell'elemento volto a connettere una situazione al diritto dell'Unione, a farla transitare nella sua sfera applicativa e ad innescare l'applicazione delle sue regole. L'elemento transfrontaliero, in altre parole, è una nozione atta a distinguere le situazioni nelle quali non è in gioco la libera circolazione tra Stati, da quelle, pur simili o identiche, nelle quali, al contrario, vi è un rischio di pregiudizio alla circolazione interstatale, allo scopo di delimitare la portata applicativa della disciplina in materia di libera circolazione. L'eventuale normativa statale restrittiva della libera circolazione, in questa prospettiva, non è vietata di per sé, ma in quanto lesiva dei movimenti intracomunitari.

Tradizionalmente, la Corte è piuttosto attenta a identificare un elemento di estraneità, ossia la presenza di almeno un elemento transfrontaliero, al fine di rendere applicabili le disposizioni del Trattato sulla libera circolazione a situazioni non sempre immediatamente rilevanti per il diritto dell'Unione. Ancorché tenue, poco significativa o, addirittura, fittizia, la dimensione transfrontaliera riveste, in ogni caso, una funzione essenziale per stabilire se una situazione innesca la disciplina sulla libera circolazione.

In tale prospettiva, il fattore transfrontaliero è stato variamente declinato nella giurisprudenza della Corte. Oltre a corrispondere ad un elemento di carattere fattuale, esso può presentare anche una dimensione normativa. Con il termine «transnazionalità normativa» si indica la presenza, in una situazione concreta, di elementi comunitariamente rilevanti non già in ragione di circostanze o elementi *cross border* nei fatti di causa, bensì avuto riguardo alle *finalità transnazionali* delle norme del Trattato relative alla libera circolazione. L'accento, infatti, viene messo sul rapporto che intercorre tra la misura nazionale applicabile alla fattispecie concreta e la disciplina UE sul mercato interno per verificare la presenza di effetti potenzialmente restrittivi per la libera circolazione da parte del diritto nazionale.

Nel riferirsi ad un «interesse transfrontaliero certo», la Corte ha dunque utilizzato un criterio di collegamento normativo, sganciando il fattore transnazionale da una dimensione fattuale. Infatti, ancorché la situazione oggetto di rinvio sia caratterizzata da elementi di fatto circoscritti all'interno di un solo Stato membro, essa è disciplinata da una normativa nazionale chiaramente idonea a produrre effetti non circoscritti a tale Stato membro. In tal caso, infatti, «tenuto conto in particolare della situazione geografica del bene e del valore economico» (punto 67) non si può escludere che cittadini di altri Stati membri possano essere interessati ad avvalersi della libertà di stabilimento. Chiaramente la Corte ha fornito alcuni criteri per stabilire se sussista un interesse transfrontaliero certo. In particolare, si è riferita all'importanza economica dell'appalto, al luogo della sua esecuzione o alle sue caratteristiche tecniche, «tenendo conto delle caratteristiche proprie dell'appalto in questione» (punto 66).

#### 4.2 *I motivi imperativi di interesse generale*

A fronte della sussistenza di un interesse transfrontaliero certo, la Corte ha accertato che una normativa che consente l'assegnazione di una concessione «in totale assenza di trasparenza 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 alla suddetta concessione» (punto 65). Tale normativa introduce dunque una disparità di trattamento vietata, in linea di principio, dall'articolo 49 TFUE (punto 70). La Corte ha così riconosciuto che la normativa italiana è incompatibile con le norme del diritto primario sulla libertà di stabilimento.

Alla luce dello schema concettuale brevemente descritto sopra, le libertà fondamentali, tuttavia, incontrano, al contempo, un ostacolo alla loro piena realizzazione nell'esistenza delle c.d. *esigenze imperative*. Questa categoria, come è noto, è stata elaborata dalla Corte di giustizia al fine di individuare un criterio equilibrato atto a distinguere le misure che, pur lesive delle posizioni tutelate dal diritto UE, costituiscono un esercizio legittimo di sovranità da parte degli Stati rispetto a quelle che costi-

tuiscono un'interferenza arbitraria sulla sfera delle posizioni soggettive derivanti dal Trattato. Un'esigenza imperativa ricorre quando la misura nazionale, pregiudizievole per la libertà garantita dal Trattato, persegua un obiettivo di interesse generale per l'ordinamento statale, sia adeguata a garantire la realizzazione dello stesso e non ecceda quanto è necessario per raggiungerlo. La valutazione della legittimità di misure dirette a realizzare interessi d'ordine generale di uno Stato membro si articola, dunque, nella giurisprudenza della Corte, su tre profili: il rilievo degli interessi realizzati dall'azione statale; la ragionevolezza dello *standard* di tutela degli interessi che lo Stato intende realizzare; la tollerabilità del pregiudizio apportato alle posizioni giuridiche discendenti dal Trattato. La combinazione di questi parametri, attraverso il filtro della proporzionalità, consente quindi di comporre l'esigenza di conservare agli Stati membri un ragionevole ambito di discrezionalità normativa, con quella di assicurare effettività delle libertà garantite dal Trattato. In applicazione di questo schema, se la Corte non ha incontrato alcuna difficoltà a ravvisare nell'esigenza di rispettare il principio della certezza del diritto un obiettivo di interesse generale per l'ordinamento statale (punto 71), altrettanto non può dirsi per l'adeguatezza della misura statale a garantire la realizzazione dello stesso. Le proroghe attuate dalla normativa italiana, pur mirando a consentire ai concessionari di ammortizzare i loro investimenti, «sono state attribuite quando già era stato dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo dovevano essere soggetti a obblighi di trasparenza» (punto 73). Attraverso questa conclusione la Corte ha dunque escluso che le concessioni, in quanto intervenute in un momento temporale successivo all'affermazione delle esigenze di trasparenza, possano considerarsi adeguate e proporzionate e possano, di conseguenza, essere considerate legittime dall'ordinamento dell'Unione.

##### 5. *Considerazioni conclusive*

Alla luce del complessivo *iter* argomentativo svolto nella sentenza *Promoimpresa*, è difficile sfuggire all'impressione che il legislatore nazionale non disponga che di margini di manovra



assai ridotti per tutelare il legittimo affidamento dei titolari di concessioni demaniali marittime. Tale conclusione si impone sia per le concessioni che soddisfano le condizioni applicative stabilite nella direttiva 2006/123/CE e che ricadono, di conseguenza, nel suo ambito d'applicazione, che per le concessioni che, non soddisfacendone i requisiti, sono oggetto di disciplina da parte del Trattato. Nel contesto regolatorio della direttiva, infatti, il legittimo affidamento trova spazio soltanto nell'ambito del rispetto dei requisiti di imparzialità e trasparenza di regole procedurali che, per definizione, devono essere stabilite in via preventiva. Nel contesto del diritto primario, similmente, il legittimo affidamento può essere preso in considerazione soltanto nel rispetto di più generali, e non meglio specificati, obblighi di trasparenza. In ogni caso, e a prescindere dall'uno o dall'altro parametro di riferimento, la proroga *ex lege* (o rinnovo automatico), in quanto ontologicamente incompatibile con gli obblighi di trasparenza, non è conforme alla disciplina europea sulla libera circolazione e non è pertanto uno strumento idoneo per tutelare il legittimo affidamento.

Se, allo stato attuale, appare dunque arduo individuare una strada in grado di conciliare la proroga automatica con i requisiti stabiliti dalla normativa europea, è altresì vero che questa conclusione si impone soltanto in relazione alle concessioni demaniali marittime che presentano una rilevanza per il diritto europeo. Nell'ipotesi opposta, in cui le concessioni, pur lesive della libera circolazione, abbiano un'incidenza esclusivamente sul piano nazionale, verrebbe meno l'esigenza di vietare la proroga automatica. Questa soluzione si prospetterebbe laddove venissero meno i complessivi presupposti, cumulativamente considerati, che consentono di ascrivere una misura statale alla sfera applicativa del diritto dell'Unione. Ciò avverrebbe in presenza di una concessione che ha ad oggetto risorse naturali non limitate (ai sensi della direttiva) le quali, a loro volta, non presentano un interesse transnazionale certo (ai sensi del diritto primario).

Appare dunque ragionevole ritenere che considerazioni legate alla tutela del legittimo affidamento dei beneficiari di proroghe automatiche possano essere tenute in considerazione soltanto ed esclusivamente nell'ipotesi in cui la concessione fuoriesca dalla

tipologia di concessioni che ricadono, per un verso o per un altro, sotto l'egida del diritto dell'Unione.

Soltanto in questo limitato, e forse irrealistico spazio, la normativa statale può essere integralmente applicata senza incorrere in vincoli da parte del diritto europeo. *Tertium non datur*.

### *Bibliografia essenziale*

- M.E. Bartoloni, *Ambito d'applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018;
- S. Bastianon, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2012;
- A. Cossiri, *La proroga delle concessioni demaniali marittime sotto la lente del giudice costituzionale e della Corte di giustizia dell'UE*, «Federalismi», 14, 2016, pp. 23 ss.;
- D. Dero-Bugny, A. Perrin, *Cour de justice, 5e ch., 14 juillet 2016, Promoinpresa srl e.a. c/ Consorzio dei comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro e.a., aff. C-458/14 et C-67/15, ECLI:EU:C:2016:558, Jurisprudence de la CJUE 2016, Décisions et commentaires*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 675 ss.;
- M. Klamert, *The Services Directive: Innovation and fragmentation, in Services Liberalization in the EU and the WTO: Concepts, Standards and Regulatory Approaches*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 174 ss.;
- B. Lebaut-Ferrarese, *Dans quelle situation, le droit de l'Union européenne trouve-t-il à s'appliquer en droit interne?*, «Petites affiches», 97, 17 mai 2005, p. 7;
- R.E. Papadopoulou, *Situations purement internes et droit communautaire: un instrument jurisprudentiel à double fonction ou une arme à double tranchant?*, «Cahiers de droit européenne», 2003, p. 95;
- N. Reich, *How Proportionate is the Proportionality Principle? Some Critical Remarks on the Use and Methodology of the Proportionality Principle in the Internal Market Case Law of the ECJ*, in *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, H.W. Micklitz, B. De Witte (ed. by), Cambridge, Antwerp, Portland, 2012, pp. 83 ss.

Stefano Augusto

## La natura *self-executing* dell'articolo 12 della direttiva 2006/123/CE: una analisi critica

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Disapplicazione ed effetto diretto: considerazioni generali – 3. Sulla natura *self-executing* dell'art. 12 della direttiva servizi – 4. Conclusioni provvisorie e spunti di riflessione

### 1. *Introduzione*

Il deferimento da parte del Presidente del Consiglio di Stato all'Adunanza Plenaria (decreto n. 160/2021) della questione circa l'obbligo del giudice amministrativo di disapplicare la disposizione di legge che prevede la proroga automatica e generalizzata delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative in essere per contrasto con il diritto europeo fornisce l'occasione per ragionare intorno all'istituto della disapplicazione (o non applicazione, volendo utilizzare l'espressione della Corte costituzionale) della norma di diritto interno per contrasto con il diritto europeo e, più in generale, dell'effetto diretto che caratterizza (a determinate condizioni) alcune disposizioni delle direttive europee.

È noto, infatti, che, all'indomani della sentenza della Corte di Giustizia *Promoimpresa e Melis* del 2016, si è consolidato un orientamento giurisprudenziale del Consiglio di Stato favorevole alla disapplicazione della disposizione legislativa nazionale di proroga generalizzata delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative (da ultimo, quella cristallizzata all'art. 1 co. 682-683 l. 145/2018) per violazione dei principi europei di concorrenza, non discriminazione e libertà di stabilimento, nonché dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE (c.d. di-

rettiva servizi o *Bolkestein*). Secondo questa giurisprudenza (ad oggi maggioritaria) dalla disapplicazione della disposizione di proroga *ex lege* conseguirebbe l'obbligo per le amministrazioni comunali di avviare procedure ad evidenza pubblica per la selezione dei nuovi concessionari.

In particolare, la disapplicazione della disposizione di diritto interno si baserebbe sul presupposto della natura *self-executing* dell'art. 12 della direttiva servizi e proprio questo aspetto è stato posto recentemente in discussione da alcune pronunce dei TAR, da cui deriva il deferimento della questione alla Plenaria. Le argomentazioni alla base dei dubbi circa l'effetto diretto del citato articolo della direttiva servizi suggeriscono, pertanto, una riflessione più approfondita su questo profilo, dal momento che da esso discendono specifiche e rilevanti conseguenze giuridiche.

L'indagine che seguirà, dunque, avrà come obiettivo quello di riflettere sull'asserita natura *self-executing* della citata disposizione della direttiva servizi, non prima, però, di aver richiamato nei suoi tratti essenziali l'istituto dell'effetto diretto che caratterizza alcune disposizioni contenute in direttive europee e la conseguente disapplicazione della disposizione normativa nazionale che vi contrasti.

## 2. *Disapplicazione ed effetto diretto: considerazioni generali*

L'art. 288 TFUE, al terzo comma, definisce la direttiva come l'atto che «vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere», facendo salva «la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi» per la sua attuazione, tratteggiando l'aspetto principale che differenzia questo strumento dal regolamento, il quale, al contrario «è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri» (co. 2).

Pertanto, mentre per i regolamenti non è previsto un obbligo in capo agli Stati membri di recepirne il contenuto (pratica che, anzi, è espressamente vietata), poiché una volta adottati diventano direttamente applicabili negli ordinamenti nazionali, le direttive vincolano gli Stati al raggiungimento di un obiettivo, permettendo loro di conservare una certa discrezionalità nella

scelta delle “forme e mezzi” per adempiere entro un determinato termine previsto dalla singola direttiva.

La *ratio* sottesa alla scelta tra questi due strumenti da parte degli organi dell'Unione europea risiede nella valutazione della necessaria uniformità, ovvero del “semplice” ravvicinamento delle discipline normative nazionali per raggiungere efficacemente un determinato obiettivo che rientra tra le competenze assegnate all'Unione dai Trattati: nel primo caso, si opererà per il regolamento; nel secondo, la scelta ricadrà sulla direttiva.

Da queste considerazioni discende l'importante conseguenza che i regolamenti sono per loro natura direttamente applicabili negli ordinamenti nazionali, costituendo diritti e doveri in capo ai destinatari, mentre le direttive necessitano dell'intermediazione degli Stati membri, che sono obbligati a recepire il loro contenuto entro un determinato termine: la Corte di Giustizia ha, infatti, affermato che l'obbligo di risultato prescritto dalle direttive deve essere «adempiuto alla scadenza del termine fissato dalla direttiva stessa (conseguendone, *n.d.a.*) che, ogniqualvolta sia regolarmente attuata, la direttiva spiega i suoi effetti nei confronti dei singoli tramite i provvedimenti d'attuazione adottati dallo Stato membro interessato» (Corte. Giust., 19/01/1982, C-8/81, *Becker*).

Difettando l'attributo della diretta applicabilità, per verificare il corretto adempimento da parte degli Stati membri nel recepimento delle direttive, il diritto europeo prevede alcuni strumenti, caratterizzati dal fatto di non agire direttamente sulla disposizione di diritto interno ritenuta in contrasto con la direttiva, disapplicandola: in caso di mancato recepimento della direttiva, ovvero qualora questo sia inesatto o tardivo, potrà essere azionata una procedura di infrazione, il rinvio pregiudiziale interpretativo oppure, ancora, l'azione di responsabilità nei confronti dello Stato.

Tuttavia, è frequente l'adozione di direttive che si discostano dal paradigma cristallizzato nell'art. 288, co. 3 TFUE, «ovvero di direttive c.d. dettagliate, che dettano una disciplina chiara, precisa, completa e incondizionata della materia regolata, tale da consentire l'individuazione inequivoca dei titolari dei diritti (e corrispondenti destinatari di obblighi) e del loro specifico

contenuto e da escludere, di fatto, non la necessità di atti di trasposizione, ma certamente qualsiasi discrezionalità degli Stati membri quanto alle forme e ai mezzi per procedere ad essa» [Amalfitano, Condinanzi 2015, p. 58].

Qualora le prescrizioni contenute in una direttiva «siano sufficientemente chiare, precise e incondizionate, tali da escludere qualsiasi discrezionalità nell'adempimento da parte degli Stati membri» [Amalfitano, Condinanzi 2015, p. 59] la Corte di Giustizia ha attribuito loro efficacia diretta, permettendo così ai singoli di invocarne l'applicazione nell'ordinamento interno nel caso in cui non sia stata correttamente recepita entro il termine previsto nella direttiva. In altre parole, se una disposizione contenuta in una direttiva è chiara, precisa e incondizionata e non è stata correttamente trasposta nell'ordinamento nazionale entro il termine previsto, può essere fatta valere dai singoli cittadini in giudizio, chiedendo al giudice di disapplicare la disposizione nazionale che contrasta con quella europea, altrimenti «l'effetto utile dell'atto (della direttiva, *n.d.a.*) sarebbe attenuato se agli amministratori fosse precluso di valersene in giudizio ed ai giudici nazionali di prenderlo in considerazione in quanto elemento del diritto comunitario» (Corte Giust., 5/04/1979, C-148/78, *Ratti*).

Inoltre, sempre secondo l'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia, l'obbligo di disapplicare la disposizione nazionale che contrasta con la prescrizione europea dotata di efficacia diretta non riguarda solamente i giudici nazionali ma si estende prima ancora a tutti gli organi dell'amministrazione (Corte Giust., 22/06/1989, C-103/88, *Fratelli Costanzo SpA*).

Come è noto, l'attribuzione dell'effetto diretto di alcune disposizioni dei Trattati e delle direttive è di natura pretoria e prende avvio con la nota sentenza *Van Gend & Loos* (5/02/1963, C-26/62), nella quale la Corte di Giustizia, sul presupposto che i Trattati istitutivi dell'allora Comunità europea non si limitavano a prevedere reciproci obblighi tra gli Stati firmatari ma creavano un ordinamento di nuovo conio, capace di riconoscere diritti direttamente in capo ai singoli, ha attribuito ad alcune disposizioni dei Trattati efficacia diretta. Successivamente, grazie al principio del c.d. effetto utile, l'efficacia diretta è stata dal giudice europeo estesa a quelle disposizioni contenute in diret-

tive che presentano un contenuto chiaro, preciso e incondizionato (cfr., per tutte, sentt. 6/10/1970, C-9/70, *Grad*; 17/12/1970, C-33/70, *Sace*; 4/12/1974, C-41/74, *van Duyn*).

### 3. *Sulla natura self-executing dell'art. 12 della direttiva servizi*

Svolte queste considerazioni generali, necessarie per delinearne gli elementi essenziali della questione, ci si potrebbe chiedere se i requisiti di chiarezza, precisione, nonché quello di essere incondizionata sono ascrivibili alla disposizione cristallizzata all'art. 12 della direttiva servizi, il quale prevede che «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» atta a garantire i principi di imparzialità, trasparenza e pubblicità (co. 1) e che, in questi casi, «l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi» al concessionario uscente (co. 2).

Appare importante evidenziare innanzitutto che la sentenza della Corte di Giustizia *Promoimpresa e Melis* non ha dichiarato esplicitamente la natura *self-executing* dell'art. 12 e, di conseguenza, l'obbligo di disapplicare la normativa interna che vi contrasta: l'articolo era stato scelto da due T.A.R. come parametro in sede di rinvio pregiudiziale al fine di verificare la compatibilità con esso della disciplina nazionale di proroga generalizzata della scadenza delle concessioni in essere.

La Corte di Giustizia, dopo aver qualificato questa tipologia di concessioni come autorizzazioni ai sensi della direttiva servizi, ha affermato, innanzitutto, che la verifica del requisito del loro numero limitato per via della scarsità delle risorse naturali «spetta al giudice nazionale». Qualora questa condizione sia ritenuta esistente, una proroga generalizzata *ex lege* equivarrebbe ad un rinnovo tacito, escluso espressamente dall'art. 12, par. 2 della direttiva, salvo la possibilità di valutare «caso per caso» eventuali situazioni di legittimo affidamento meritevoli di tutela. Infine, la Corte rileva che gli Stati membri, anche per l'asse-

gnazione di concessioni eventualmente non rientranti nell'ambito applicativo della direttiva servizi, sono comunque tenuti ad applicare «le regole fondamentali del Trattato FUE, in generale, e il principio di non discriminazione, in particolare», specialmente nel caso in cui dette concessioni presentino un interesse transfrontaliero certo.

Da ciò si deduce che è il giudice amministrativo italiano che (forse ragionevolmente) ha ritenuto di considerare i litorali, nonché le sponde di laghi e fiumi idonei ad essere oggetto di concessioni per finalità turistico-ricreative risorse scarse, che comportano una procedura ad evidenza pubblica in fase di assegnazione; ed è sempre il giudice nazionale che ha riconosciuto (forse meno ragionevolmente) all'art. 12 della direttiva servizi la natura di norma *self-executing*, con il conseguente obbligo di disapplicare la disposizione di diritto interno che contrasta con quella europea.

È difficile rintracciare nella copiosa giurisprudenza del Consiglio di Stato un esplicito momento valutativo circa la natura *self-executing* dell'art. 12 della direttiva servizi, come se questa fosse ontologicamente connaturata alla disposizione e non costituisse, invece, una eccezione rispetto alla regola del “semplice” obbligo di recepimento delle direttive che grava sugli Stati membri.

Anche nella sentenza 18/11/2019, n. 7874, con la quale i giudici di Palazzo Spada hanno fornito una ricostruzione sistematica di diverse questioni inerenti la materia in esame, questo specifico aspetto è rimasto sullo sfondo, dal momento che si afferma che

proprio in ragione dei principi raccolti nella sentenza della Corte di giustizia UE del 2016 sopra citata, anche i successivi interventi normativi nazionali, compendiatosi nella previsione di cui all'art. 1, comma 682, l. 145/2018, debbono ritenersi non impeditivi [...] alla doverosa disapplicazione delle disposizioni legislative nazionali che prevedono la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere

e che

è ormai principio consolidato in giurisprudenza quello secondo il quale la disapplicazione (*rectius*, non applicazione) della norma nazionale confliggente con il diritto eurounitario [...] costituisca un obbligo per lo



Stato membro in tutte le sue articolazioni e, quindi, anche per l'apparato amministrativo e per i suoi funzionari, qualora sia chiamato ad applicare la norma interna contrastante con il diritto eurounitario.

A ben vedere, anzi, vi è una sentenza del Consiglio di Stato nella quale il collegio prende posizione circa la natura *self-executing* della direttiva *Bolkestein* ma in senso negativo, ossia sostenendo che

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 (27/12/2012, n. 6682).

Da un lato, non si può non considerare che la sentenza ora richiamata è risalente nel tempo e fotografa un momento nel quale non si erano ancora innestati ulteriori interventi di proroga *ex lege* da parte del legislatore; dall'altro, tuttavia, il riconoscimento della natura *self-executing* di una direttiva (*rectius*: delle disposizioni in essa contenute) è una questione squisitamente giuridica e dovrebbe essere insensibile all'eventuale persistenza della violazione del diritto europeo, potendo comunque attivare rimedi diversi previsti dall'ordinamento.

Quest'ultima considerazione, poi, introduce un ulteriore profilo che si ritiene opportuno analizzare: come si diceva, diversamente dalla diretta applicabilità, che caratterizza i regolamenti nella loro interezza, l'effetto diretto è una peculiarità di singole disposizioni delle direttive, qualora siano chiare, precise e incondizionate, secondo quanto statuito dalla Corte di Giustizia. Pertanto, può accadere che nella stessa direttiva vi siano disposizioni *self-executing* e altre prive di tale attributo. Volendo esemplificare proprio con riferimento alla direttiva servizi, si può richiamare l'art. 14, recante «Requisiti vietati», che vieta agli Stati membri di subordinare l'accesso ad un'attività di servizi o il suo esercizio sul proprio territorio al rispetto dei requisiti elencati nello stesso articolo, ritenuti discriminatori: intorno a questo articolo ruotava la sentenza della Corte di Giustizia *Rina Services*

(16/06/2015, C-593/13), richiamata nelle conclusioni dell'Avvocato generale della Corte di Giustizia nella causa *Promoimpresa* a supporto delle proprie argomentazioni sull'art. 12.

A parere di chi scrive, invece, questi due articoli dimostrano ciò che si diceva poc'anzi, dal momento che è evidente che l'art. 14, indicando specifici requisiti vietati per l'accesso e l'esercizio delle attività di servizi, non lascia alcun margine di discrezionalità agli Stati membri, che vi si devono conformare; al contrario, l'art. 12 impone alle condizioni ivi prescritte l'assegnazione della concessione/autorizzazione mediante una procedura ad evidenza pubblica, sulle cui modalità concrete gli Stati membri conservano una ampia discrezionalità. Pertanto, i requisiti che determinano la natura *self-executing* di una disposizione sono più facilmente rintracciabili nell'art. 14 rispetto all'art. 12.

Un chiaro sintomo del fatto che la disposizione dell'art. 12 della direttiva servizi non possa considerarsi (almeno) incondizionata è testimoniato nelle notevoli criticità applicative che si verificano una volta disapplicata la disposizione legislativa di proroga: in altre parole, accade spesso che le amministrazioni non siano effettivamente nelle condizioni di predisporre e svolgere le procedure ad evidenza pubblica per l'assegnazione delle concessioni, mancando una normativa quadro che individui i criteri essenziali a livello nazionale.

La disapplicazione della disposizione di proroga per contrasto con l'art. 12 della direttiva servizi cui si riconosce effetto diretto, insomma, crea un vuoto nell'ordinamento nazionale che sembra non facilmente colmabile con l'assetto normativo vigente, il quale appare disarticolato e vetusto. Innanzitutto, l'impianto normativo delle concessioni demaniali marittime cristallizzato nel Codice della Navigazione risulta ancora incentrato su principi che gli conferiscono una connotazione fortemente pubblicistica e che già da diversi decenni hanno mostrato i propri limiti rispetto al nuovo paradigma che è andato affermandosi [Benvenuti 1965, p. 154]; negli ultimi decenni, gli interventi normativi in materia sono contenuti in leggi di settore stratificatesi nel tempo, rendendo così difficile per gli interpreti ricondurli ad un assetto organico; il principio dell'evidenza pubblica nell'assegnazione delle concessioni deve poi necessariamente bilanciarsi

con altri interessi pubblici di primaria importanza per l'ordinamento, quali, ad esempio, la tutela paesaggistica e delle coste; non potrebbe neppure applicarsi la direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (confluita nel nostro ordinamento nel d.lgs. 50/2016, c.d. codice dei contratti pubblici), dal momento che è la direttiva stessa che esclude dal suo ambito applicativo le concessioni di beni per le quali lo Stato o l'amministrazione aggiudicatrice «fissa unicamente le condizioni generali d'uso, senza acquisire lavori o servizi specifici». E si potrebbe continuare ad elencare le contraddizioni e le aporie della disciplina vigente in materia di concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative.

L'unico (o, comunque, il principale) “punto fermo”, volendo seguire la tesi dell'effetto diretto dell'art. 12 della direttiva servizi, potrebbe essere l'applicazione dell'art. 37, co. 1 del Codice della Navigazione, il quale, in caso di più domande di concessione sul medesimo bene demaniale, stabilisce che «è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico». Tuttavia, anche l'applicazione di questa disposizione presente nel Codice della Navigazione sin dalla sua entrata in vigore (a testimonianza del fatto che il sistema di proroghe/rinnovi generalizzato non è un tratto “genetico” della disciplina delle concessioni demaniali marittime [Magri 2014, p. 361, nota 5]) potrebbe, in concreto, presentare profili di incompatibilità con il diritto europeo: difatti, non sempre il criterio del «più rilevante interesse pubblico» nella gestione del bene collima con la logica del libero mercato che ispira e permea l'intera direttiva servizi.

Certamente, l'attribuzione della diretta efficacia alle disposizioni contenute nelle direttive garantisce maggiormente il rispetto del principio di primazia del diritto europeo mediante una sua più immediata applicazione ma, come si è visto, devono sussistere requisiti ben precisi, la cui presenza deve essere valutata con attenzione e rigore. Inoltre, anche qualora difettesse tale natura, sono comunque previsti strumenti incisivi per invitare lo Stato membro inadempiente a dare corretta attuazione alle direttive

europee: innanzitutto, la Commissione europea può promuovere una procedura d'infrazione nei confronti dello Stato inadempiente e, come statuito dalla sentenza *Francovich* (19/11/1991, C-6/60 e C-9/90), qualora una disposizione non *self-executing* contenuta in una direttiva attribuisca diritti in capo ai singoli, questi possono promuovere contro lo Stato una azione per il risarcimento del danno.

#### 4. Conclusioni provvisorie e spunti di riflessione

Le considerazioni svolte hanno costituito i tratti essenziali di un filone giurisprudenziale di alcuni TAR, volto a porre in discussione la natura *self-executing* dell'art. 12 della direttiva servizi. Recentemente, il TAR per la Regione Puglia, sede di Lecce ha ribadito con costanza la suddetta posizione (si rimanda, tra le altre, alle sent. nn. 160, 75, 73, 71/2021; 1321/2020) tanto da spingere il Consiglio di Stato a porre in dubbio la natura *self-executing* dell'art. 12 e a rimettere la questione alla Plenaria.

La via maestra resta chiaramente l'intervento del legislatore che, con una riforma organica, introduca una nuova disciplina che sia aderente al diritto europeo e, al contempo, garantisca la tutela di un settore strategico per l'economia del Paese, nonché la tutela di interessi sensibili, quali l'ambiente, il paesaggio e le coste. A ben vedere, nel 2017 era stato presentato un d.d.l. di legge delega al Governo per il riordino della disciplina di settore ma, dopo l'approvazione alla Camera, l'atto è spirato al Senato con il termine della Legislatura. Il fatto che, con l'art. 1, co. 682 e 683 l. 145/2018, la proroga *ex lege* sia stata estesa sino al 2033, lascia presagire che un nuovo intervento del legislatore in senso riformatore potrà essere, forse, incentivato dall'avvio di una nuova procedura d'infrazione innanzi alla Commissione europea.

Invece, sembra opportuno segnalare una diversa strada che potrebbe dare un sensibile impulso alla situazione di *impasse* che caratterizza la disciplina del settore da oltre un decennio: sarebbe, cioè, possibile sollevare la questione di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 1, co. 682 e 683 l. 145/2018, che proroga il termine delle concessioni in essere al 2033.

Questa ipotesi si inquadrirebbe nel dibattito relativo alla c.d. doppia pregiudizialità (ossia il caso in cui una legge sia oggetto, al contempo, di dubbi di costituzionalità e di contrarietà al diritto europeo) che ha avuto nuova linfa all'indomani della sentenza della Corte costituzionale 269/2017, nella quale la Corte ha affermato, in un *obiter dictum*, che in questi casi il giudice deve rivolgersi innanzitutto alla Consulta e non alla Corte di Giustizia, invertendo un precedente orientamento ormai consolidato. Sebbene con successive pronunce (20, 63/2019 e ord. 117/2019) la Consulta abbia attenuato quanto affermato nella sentenza 269, riconoscendo non più l'obbligo bensì la mera facoltà del giudice comune di adire in prima battuta la Corte costituzionale, a seconda delle specificità della questione posta alla sua attenzione, la dottrina ha osservato che il giudice delle leggi ha inteso sottolineare il suo ruolo nelle ipotesi di doppia pregiudizialità in modo più incisivo rispetto al passato [Amalfitano 2020, p. 300].

Anche la questione della disciplina di proroga *ex lege* delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative si configura come una ipotesi di doppia pregiudizialità, dal momento che a fianco della violazione degli obblighi derivanti dal diritto europeo, si pone altresì in contrasto (almeno) con quanto disposto dall'art. 117, co. 1 Cost., che prescrive allo Stato e alle Regioni di esercitare il potere legislativo conformemente ai vincoli derivanti dall'adesione all'Unione europea.

Come è stato correttamente osservato,

una rimessione al giudice delle leggi parrebbe poi (addirittura) doverosa nei casi in cui – a fronte di sistematica disapplicazione da parte dei giudici comuni a valle di una pronuncia della Corte di giustizia – il legislatore, anziché abrogare la norma interna confliggente con il diritto dell'Unione, continuasse a legiferare in contrasto con gli obblighi sovranazionali, persistendo nell'inadempimento» [Amalfitano 2020, p. 317].

Una pronuncia della Corte costituzionale, avendo efficacia *erga omnes*, garantirebbe un effetto uniforme sull'intero territorio nazionale, cosa che, ad esempio, una pronuncia del Consiglio di Stato in seduta Plenaria potrebbe garantire con minore efficacia. Inoltre, nel caso in cui la Consulta giudicasse incostituzionale la legge di proroga, il legislatore sarebbe chiamato a in-

tervenire, accelerando forse quel processo da tempo in potenza ma mai realizzato.

Le pronunce “gemelle” del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria (per gli aggiornamenti alle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si rinvia alla sezione III di questo volume), intervenute nelle more della pubblicazione del presente contributo, non ne alterano la fisionomia, dal momento che la Plenaria si è limitata a confermare la natura *self-executing* dell’art. 12 della direttiva servizi, senza aggiungere, in sostanza, ulteriori elementi di analisi rispetto a quelli già affrontati in precedenti sentenze del Consiglio di Stato, nonostante tale definizione sia la *condicio sine qua non* di tutti gli altri profili analizzati, invece, più nel dettaglio dalla Plenaria.

In conclusione, alla luce di tutte le considerazioni svolte, dei non infondati dubbi sulla natura *self-executing* dell’art. 12 della direttiva servizi che permangono, nonostante le pronunce “gemelle” della Plenaria e della complessità degli interessi coinvolti nella disciplina delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, ritengo auspicabile un intervento della Corte costituzionale, che segni un punto fermo dal quale poter ripartire per attuare una riforma organica del settore non più procrastinabile.

### *Bibliografia essenziale*

- R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di Diritto dell’Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2020;
- C. Amalfitano, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza “comunitaria” e costituzionale*, «Rivista AIC», 1, 2020, pp. 296 ss.;
- C. Amalfitano, M. Condinanzi, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Torino, Giappichelli, 2015;
- C. Benetazzo, *Primazia del diritto U.E. e proroghe ex lege delle concessioni balneari*, «Federalismi.it», 19, 2018;
- F. Benvenuti, *Il demanio marittimo tra passato e futuro*, «Rivista del diritto della navigazione», 1965, pp. 154 ss.;
- A. Cossiri, *La proroga delle concessioni demaniali marittime sotto la lente del giudice costituzionale e della Corte di giustizia dell’UE*, «Federalismi.it», 14, 2016;

- M. De Benedetti (a cura di), *Spiagge in cerca di regole*, Bologna, Il Mulino, 2011;
- A. De Siano, *Disapplicazione per difformità dal diritto UE e protagonismo giurisprudenziale*, «Federalismi.it», 18, 2021;
- D. Granara (a cura di), *In Litore Maris. Poteri e diritti in fronte al mare*, Torino, Giappichelli, 2019;
- E. Guicciardi, *Il Demanio*, Padova, Cedam, 1934;
- M. Magri, «Direttiva Bolkestein» e legittimo affidamento dell'impresa turistico balneare: verso una importante decisione della Corte di Giustizia U.E., «Rivista giuridica dell'edilizia», 4, 2016, pp. 359 ss.;
- F.F. Pagani, *Legittimo affidamento e attività legislativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.





Simone Pitto

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

SOMMARIO: 1. L'epopea della proroga automatica della durata delle concessioni – 2. Gli sviluppi più recenti e la disapplicazione della proroga automatica secondo la giurisprudenza – 3. Il prezzo e le vittime del “cortocircuito istituzionale” – 4. Termini e incognite della disapplicazione del diritto nazionale: l'orientamento fuori dal coro del Tribunale di Lecce – 5. Alcune notazioni conclusive in attesa dell'ultimo capitolo della saga

### *1. L'epopea della proroga automatica della durata delle concessioni*

Quello del rinnovo automatico della durata delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico è forse uno degli ambiti nei quali il principio del primato del diritto dell'Unione europea viene attuato più malvolentieri dal legislatore italiano. È una vera e propria saga, con tanto di colpi di scena ed esiti tutt'altro che scontati, quella che si consuma ormai da diversi anni, a partire dall'approvazione della Direttiva 2006/123/CE, ispirata all'eliminazione degli ostacoli alla libertà di stabilimento e circolazione dei servizi in attuazione degli articoli 49, 56 e 106 TFUE. Senza riprendere la vicenda nella sua interezza, per opportune ragioni di brevità, pare comunque necessario mettere in evidenza alcune delle fasi più significative di questo percorso, utili a comprendere il contesto normativo e giurisprudenziale col quale gli operatori e gli enti locali interessati si sono confrontati negli ultimi anni. La norma di riferimento è l'art. 12 della Direttiva secondo cui in caso

di autorizzazioni per l'esercizio di attività caratterizzate dalla scarsità di risorse naturali, tra le quali rientrano, fra le altre, le concessioni di beni del demanio marittimo ad uso turistico, gli Stati membri devono applicare una selezione tra candidati, dotata di garanzie di imparzialità e di trasparenza. L'autorizzazione deve avere durata limitata e non può prevedere procedure di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente.

La previsione europea collideva con la disciplina italiana in tema di durata delle concessioni dei beni demaniali marittimi per finalità turistico ricreative, categoria che comprende *inter alia* la gestione di stabilimenti balneari, la ristorazione, il noleggio nautanti, le strutture ricettive. L'art. 2 del d.l. 5 ottobre 1993, n. 400, convertito con l. 4 dicembre 1993, n. 194, in particolare, novellava l'art. 37 Cod. nav., confermando la preferenza *ope legis* alle precedenti concessioni già rilasciate in sede di rinnovo. La durata delle concessioni era invece fissata in sei anni *ex art.* 10 l. 88 del 16 marzo 2001, con rinnovo automatico alla scadenza per altri sei anni e così successivamente ad ogni scadenza. Nel 2008, non inaspettatamente, arrivò quindi l'apertura della prima procedura di infrazione (procedura n. 2008/4908). Nella lettera di messa in mora, la Commissione europea contestò il contrasto tra la preferenza attribuita al concessionario uscente dal meccanismo del rinnovo automatico, la libertà di stabilimento di cui all'art. 49 TFUE e l'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE. Ad avviso della Commissione, infatti, l'attribuzione delle concessioni per l'utilizzo del demanio marittimo rientra nella nozione di autorizzazione della direttiva e rappresenta un settore di interesse per operatori transfrontalieri; tale mercato, pertanto, deve rispettare le disposizioni eurounitarie in tema di concorrenza, libertà di stabilimento tra gli Stati membri e divieto di discriminazione. La risposta italiana alla procedura di infrazione e alle indicazioni provenienti da Bruxelles si sostanziò nell'approvazione del d.lgs. 59/2010, attuativo della direttiva 2006/123/CE e del d.lgs. 194/2009. Quest'ultimo, pur abrogando il secondo comma dell'art. 37 Cod. nav., teneva in sostanza ferma la proroga automatica della durata delle concessioni in essere. Accanto a tale intervento, la l. 217/2011 delegava il Governo al riordino della disciplina con la previsione di limiti massimi di durata delle concessioni, nonché dei criteri e

delle modalità di affidamento nel rispetto dei principi europei. Nonostante tali interventi, la Commissione tornò a muovere censure di compatibilità col diritto sovranazionale con una nuova nota complementare di messa in mora datata 5.5.2010. Nel documento si affermava l'inadeguatezza delle misure adottate e, in particolare, la permanenza del meccanismo del rinnovo automatico. Malgrado le contestazioni mosse, il *favor* per l'istituto venne confermato con successivi interventi: si tratta del d.l. 24/06/2016 n. 113 che stabilizzò il regime del d.l. 194/2009 nelle more dell'annunciato riordino della materia e della successiva l. 145/2018. Quest'ultima dispose una nuova proroga della durata delle concessioni di beni demaniali marittimi a fini turistico ricreativi in vigore al 1.1.2019, di ulteriori 15 anni, preannunciando un ulteriore intervento di revisione complessiva del sistema del rilascio delle concessioni marittime nel rispetto del diritto dell'Unione da attuarsi tramite l'approvazione di un DPCM. Al termine dei 15 anni, il rinnovo avrebbe dovuto essere disciplinato con le modalità indicate nel DPCM.

## *2. Gli sviluppi più recenti e la disapplicazione della proroga automatica secondo la giurisprudenza*

Nelle more dei sopra citati interventi del legislatore si collocano varie prese di posizione, oltre che della Commissione europea, anche della Corte di Giustizia. Quest'ultima, nella sentenza *Promoimpresa* del 14 luglio 2016 (cause riunite C 458/14 e C 67/15), riconobbe la contrarietà del diritto italiano con quello dell'Unione, affermando che una proroga *ex lege* delle concessioni, come quella prevista dal d.l. 194/2009, equivale al loro rinnovo automatico, escluso ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2006/123 (cfr. anche sentenza 30.1.2018, *Visser*, C-360/15). In *Promoimpresa*, i giudici lussemburghesi rigettarono la giustificazione delle autorità italiane fondata sul principio della tutela del legittimo affidamento, osservando che esso richiede una valutazione caso per caso e non può invece invocarsi a sostegno di un intervento di proroga generalizzato e con effetto automatico. A seguito di tali affermazioni, si è sviluppato in Italia un filone giurisprudenziale che ha riconosciuto la

necessità di disapplicare il diritto italiano (in questa prima fase le norme del d.l. 113/2016 e del d.l. 194/2009) in tema di rinnovo automatico delle concessioni per contrasto con il diritto dell'Unione europea (cfr. sentenze Cass. pen. n. 21281/2018, T.A.R. Catania, 06 febbraio 2018 n. 298, Tar Lombardia, 24 gennaio 2017, n. 153, Tar Roma, 16 febbraio 2018 n. 1847, Cons. Stato, n. 873/2018). Detto quadro si è puntualmente riproposto con il nuovo rinnovo automatico disposto dalla l. 145/2018 e la successiva presa di posizione della giurisprudenza. Nella sentenza n. 7874 del 18 novembre del 2019, in particolare, il Consiglio di Stato ribadiva la contrarietà anche dell'ultima proroga automatica al diritto dell'Unione. Palazzo Spada si è però spinto oltre per tentare di mettere ordine in un contesto legislativo a dir poco parcellizzato, riconoscendo l'obbligo degli Stati membri, nonché dell'amministrazione e degli enti locali concedenti in quanto articolazioni dello Stato, di disapplicare le norme nazionali contrarie al diritto UE. Tale presa di posizione, ampiamente confermata in seguito (cfr. Cass. pen. n. 29105/2020, TAR Veneto, sent. n. 218/2020, Consiglio di Stato 4610/2020 del 17 luglio 2020), non ha però posto la parola fine alla questione e ai dubbi interpretativi. La forte pressione delle rappresentanze di categoria ha infatti spinto il legislatore ad un altro intervento sulla proroga automatica, attuato con l'art. 182 comma 2 del d.l. n. 34 del 19.5.2020 (c.d. Decreto Rilancio), modificato in sede di conversione dalla l. 77/2020. La misura, celata neppure troppo velatamente dalla dichiarata finalità di intervenire a sostegno del settore turistico colpito dall'emergenza sanitaria, tiene ferma in sostanza la proroga automatica delle concessioni in essere al 2033 e aggiunge che «le amministrazioni competenti non possono avviare o proseguire, a carico dei concessionari che intendono proseguire la propria attività mediante l'uso di beni del demanio marittimo, lacuale e fluviale, i procedimenti amministrativi per la devoluzione delle opere non amovibili». Si tratta del culmine di una vicenda caratterizzata dall'intransigente resistenza all'attuazione di una direttiva il cui effettivo recepimento, in materia di concessioni demaniale marittime ad uso turistico, risulta di fatto posposto da circa quindici anni.

Inevitabile, a fronte di una tanto aperta indifferenza dell'Italia verso il principio del primato del diritto dell'Unione, l'apertura di una nuova procedura di infrazione da parte della Commissione europea nel dicembre 2020 (2020/4118 C-2020 del 3 dicembre 2020). La Commissione ribadisce la contrarietà al diritto sovranazionale della proroga automatica e “sterilizza” il tentativo di giustificare la disposizione sulla base della necessità di misure straordinarie di sostegno alle imprese del comparto turistico colpite dall'emergenza sanitaria. Ribaltando la questione sul piano del danno economico di sistema, il monito della Commissione all'Italia è proprio quello di evitare una disciplina come quella attuale che, oltre a porsi in contrasto col diritto dell'UE e la sentenza *Promoimpresa*, crea incertezza giuridica per i servizi turistici balneari e scoraggia gli investimenti in un settore di importanza strategica per il tessuto economico italiano, già colpito dalla pandemia di coronavirus, causando in più una riduzione di entrate del tutto significativa.

### 3. *Il prezzo e le vittime del “cortocircuito istituzionale”*

Tra i rilevanti problemi che la pervicace difesa dell'interesse dei concessionari uscenti da parte del legislatore ha posto vi è da un lato il pregiudizio in termini di mancato introito derivante dalla messa a gara delle aree in concessione, già evidenziato dalla Commissione e, dall'altro lato, l'assenza di indicazioni interpretative univoche per quegli operatori chiamati in concreto a gestire le procedure di rinnovo dei titoli concessori e la messa a gara delle aree. Nella posizione più difficile si sono probabilmente trovati i funzionari degli enti locali dei comuni costieri che, in prossimità della scadenza del 31.12.2020, si sono trovati ad assumere loro malgrado un ruolo da “moderno Amleto”, consumato dal dilemma tra l'applicazione della proroga automatica prevista e ribadita dal diritto nazionale o la sua disapplicazione e la messa a gara delle concessioni di concerto con le indicazioni ricevute dalla giurisprudenza, dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e finanche da parte di alcune procure della Repubblica, ma in violazione di quanto disposto dal d.l. 34/2020. La Procura della Repubblica presso il Tribunale

di Genova, ad esempio, aveva preso posizione sulla vicenda con una nota del 2 marzo 2020 inoltrata fra l'altro al Comune di Genova, all'Agenzia del Demanio e alla Regione Liguria, nella quale considerava ormai diffusa la conoscenza dell'obbligo di disapplicazione della normativa nazionale in contrasto col diritto dell'Unione e chiedeva di conoscere le iniziative, gli adempimenti e le procedure intraprese dall'ente per dare attuazione alla normativa europea. Dal lato dei concessionari uscenti degli stabilimenti, peraltro, vi sono stati casi di misure di sequestro preventivo a danno degli stabilimenti balneari con contestazione di occupazione abusiva del demanio in assenza di titolo, stante la necessaria disapplicazione della proroga *ex lege* (cfr. il noto caso dei "Bagni Liggia" pendente nanti il Tribunale di Genova). A complicare ulteriormente la posizione del funzionario dell'ente locale, inoltre, si aggiungeva lo spauracchio di una possibile responsabilità per danno erariale. La Corte dei Conti, già con la sentenza 30 marzo 2009 n. 486, aveva del resto riconosciuto che l'omissione di una gara pubblica per assegnare le concessioni – laddove necessaria – potesse essere suscettibile di configurare danno erariale per la perdita di un possibile incremento di entrate a beneficio dell'ente. In una memoria depositata nel luglio 2020, nell'ambito del giudizio di parifica del rendiconto generale della Regione Liguria per l'esercizio finanziario 2019, il Procuratore Claudio Mori presso la sezione giurisdizionale per la regione Liguria della Corte dei Conti riteneva ancora pacifico l'obbligo di disapplicazione e definiva la disposizione inserita nell'ultimo intervento come «atta a creare un vero e proprio "cortocircuito istituzionale", ponendo le Amministrazioni pubbliche nella situazione di poter applicare una norma che è palesemente violativa di disposizioni comunitarie e che, quindi, deve essere, obbligatoriamente, da queste stesse – e non soltanto dal Giudice – disapplicata». Nella stessa memoria, si aggiungeva che «Detta violazione espone [...] i vertici burocratici delle Amministrazioni a possibili responsabilità patrimoniali, poiché non è pensabile che i responsabili di settore delle varie Amministrazioni competenti possano applicare una norma già dichiarata, ripetutamente, illegittima». La reazione delle amministrazioni concedenti, in questo contesto, è stata piuttosto diversificata: al-

cuni enti concedenti hanno adottato proroghe tecniche di durata limitata per valutare le modalità di organizzazione delle gare, in assenza – neanche a dirlo – dell’adozione dell’annunciato intervento di riordino con l’indicazione delle modalità con cui procedere. Altri enti, persuasi probabilmente più dai paventati rischi di responsabilità che dalla volontà di rispettare gli obblighi eurounitari, hanno invece dato avvio alle gare. Qualche indicazione più univoca, peraltro, è stata offerta, nelle more, dalla quarta sezione del Consiglio di Stato che, con sentenza n. 1416 del 16 febbraio 2021, ha affermato che il mancato ricorso a procedure di selezione aperte nel rispetto dei principi di pubblicità e trasparenza tra gli operatori economici interessati determina un ostacolo all’ingresso di nuovi operatori nel mercato e, qualora sia previsto dalla legislazione regionale, comporta invasione della competenza esclusiva statale in materia di concorrenza, ma anche il contrasto con il diritto europeo e dunque con l’art. 117 Cost. La proroga automatica ha infatti riscosso ampio successo, oltre che a livello nazionale, anche nella legislazione regionale, malgrado una giurisprudenza a dir poco granitica della Consulta che ha ripetutamente affermato l’illegittimità costituzionale delle disposizioni regionali in tema di durata delle concessioni stante la competenza esclusiva dello Stato in materia di concorrenza, prima ancora che per la contrarietà col diritto eurounitario (cfr. *ex multis* C. cost. nn. 29/2017, 157/2017, 10/2021 e 139/2021).

L’arresto del Consiglio di Stato ha però il merito di affermare, in termini più chiari rispetto ad altre pronunce, la necessità di avviare procedure comparative per l’assegnazione delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative, stante la limitata disponibilità del numero, la scarsità delle risorse naturali e l’importanza economica per la finanza pubblica. A onor del vero, in termini analoghi si è era anche espresso nel gennaio 2021 il Tar Campania con sentenza n. 265/2021, affermando che la proroga delle concessioni demaniali in assenza di gara rispettosa dei principi di imparzialità, pubblicità e trasparenza, non può trovare cittadinanza nell’ordinamento. A considerazioni analoghe è inoltre giunto il Tar Toscana, con la successiva sentenza dell’8 marzo 2021, n. 363/2021.

#### 4. *Termini e incognite della disapplicazione del diritto nazionale: l'orientamento fuori dal coro del Tribunale di Lecce*

A margine del quadro poc'anzi descritto, si inseriscono i contrasti interpretativi sorti in merito all'effettiva portata, all'oggetto e ai destinatari dell'obbligo di disapplicazione della normativa nazionale in tema di proroga automatica per contrarietà al diritto europeo; una dialettica tra Corti che, in talune occasioni, è parsa metter in discussione principi ormai consolidati sul piano della gestione delle antinomie tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea. Il riferimento, in particolare, è a quel filone interpretativo sviluppatosi in seno al Tar Puglia - Lecce (cfr. Tar Lecce, sentenze nn. 1321, 27 novembre 2020, 71, 15 gennaio 2021, 268, 15 febbraio 2021 e, da ultimo, la recente sentenza n. 881 del 7 giugno 2021), caratterizzato da letture molto discusse in relazione alla disapplicazione della proroga automatica prevista dal diritto nazionale.

Il nostro ordinamento, come noto, conosce l'istituto della disapplicazione da parte del giudice, in primo luogo per quanto riguarda l'atto amministrativo contrario alla legge ai sensi degli artt. 4 e 5 della l. n. 2248 del 1865, con il limite dei c.d. regolamenti autorizzati (cfr. *ex multis* Tribunale Terni, 08/07/2015, n. 2273, Cassazione civile, sez. un., 28/05/1994, n. 5245). È inoltre da tempo riconosciuto l'obbligo del giudice nazionale dello Stato membro di disapplicare il diritto nazionale contrario a norme di diritto dell'Unione aventi efficacia diretta, già affermato nella sentenza *Simmenthal* della Corte di Giustizia («il giudice nazionale, incaricato di applicare le disposizioni di diritto comunitario, ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale», cfr. Corte giust. 9 marzo 1978, C-106/77, punto 24) e dalla Corte costituzionale italiana (cfr. C. cost. nn. 170/1984, 348 e 349 del 2007). Si tratta di un vero e proprio pilastro del sistema multilivello europeo, in mancanza del quale verrebbe meno l'essenza stessa dell'ordinamento sovranazionale. Per tale ragione, il principio trova applicazione generalizzata, essendo compito dello Stato, in tutte le sue articolazioni, quello di dare pieno effetto al



diritto dell'Unione (cfr. Corte di Giustizia 24/06/2019, C-573/17 *Poplawski* e 26/02/2013, C-399/11, *Melloni*).

Ebbene, mentre il Consiglio di Stato già dalla sentenza n. 7874/2019 aveva dedotto dall'applicazione di tale principio l'obbligo di disapplicazione della normativa nazionale in tema di proroga automatica a carico non solo del giudice adito ma anche dei funzionari delle amministrazioni concedenti, parte dell'articolazione territoriale dello Stato, a diversa conclusione è invece arrivato il tribunale leccese. Il Tar, partendo da un lungo *excursus* sulle fonti europee e sulle direttive *self-executing*, riconosce l'efficacia vincolante dell'interpretazione fornita dalla CGUE nella sentenza *Promoimpresa* del 2016 e dunque apparentemente la contrarietà della proroga automatica col diritto dell'Unione; tuttavia, il Tar rifiuta di ammettere una disapplicazione generalizzata del diritto nazionale in contrasto con quello europeo anche da parte dei funzionari, ritenendo non vincolante la giurisprudenza della Corte di Giustizia formatasi sul punto. In buona sostanza, il collegio leccese ritiene che la disapplicazione sia prerogativa esclusiva del giudice ma non possa invece essere attuata dal dirigente amministrativo, laddove richiede uno sforzo ermeneutico estraneo alle attribuzioni del funzionario, tenuto solo all'applicazione della legge. Si tratta di un percorso argomentativo, a tratti tortuoso, che non convince: il ragionamento del tribunale si sostanzia in un tentativo di ridefinizione della portata dell'obbligo di disapplicazione che pare scontrarsi, oltre che con un trentennio almeno di giurisprudenza consolidata, anche con gli stessi principi fondanti del sistema multilivello dell'Unione europea, oltre che con la stessa Costituzione. Nel sistema europeo, vige senz'altro un controllo di tipo diffuso in capo ai giudici degli Stati membri sulla compatibilità del diritto nazionale con quello unionale. Ma in un ordinamento che pone il rispetto degli obblighi europolitani quale modalità di esercizio della stessa potestà legislativa ai sensi dell'art. 117 Cost., negare l'obbligo della PA di applicare il diritto dell'Unione, eventualmente disapplicando il diritto nazionale, significherebbe prima di tutto ammettere una diffusa mancata attuazione del precetto costituzionale da parte dell'amministrazione dello Stato. Del resto la stessa Corte costituzionale aveva da tempo

affermato che rientrano tra i soggetti gravati dall'obbligo di applicare il diritto europeo con efficacia diretta anche i membri della pubblica amministrazione, tenuti pertanto a disapplicare le norme nazionali ad esso incompatibili (cfr. C. cost. 389/1989). Nella più recente sentenza n. 881/2021, il Tar Lecce tenta di aggiustare il tiro, aggiungendo che, in ogni caso, la Corte di giustizia non avrebbe mai riconosciuto la natura *self-executing* della direttiva *Bolkestein*, adombrandone la carenza dei presupposti per la diretta applicabilità, nonostante il Consiglio di Stato avesse affermato esattamente il contrario appena pochi mesi prima nella sentenza n. 1416 del 16 febbraio 2021. Anche a tacere l'omessa considerazione delle indicazioni interpretative di Palazzo Spada, l'argomento, oltre che poco persuasivo, appare comunque non decisivo: la contrarietà col diritto europeo della proroga automatica deriva infatti non solo dalla violazione dell'art. 12 della direttiva *Bolkestein*, ma anche dalla violazione delle norme in tema di libertà di stabilimento e prestazione dei servizi di cui all'art. 49 TFUE, norma che non potrebbe certo considerarsi priva di efficacia diretta.

##### *5. Alcune notazioni conclusive in attesa dell'ultimo capitolo della saga*

La battuta finale di questa lunga e complessa vicenda normativa e giurisprudenziale, probabilmente destinata a produrre ulteriori strascichi oltre che in termini di maggiori risorse non incamerate dagli enti pubblici anche per via della procedura d'infrazione tutt'ora pendente, potrebbe (auspicabilmente) arrivare a breve. Anche a seguito del perdurare di orientamenti "ribelli" come quello espresso dal Tar leccese e dell'impatto della tematica su nodi cruciali afferenti i rapporti con l'Unione europea e la gestione delle antinomie tra fonti multilivello, il Presidente del Consiglio di Stato ha optato per il deferimento all'adunanza plenaria, riunendo vari ricorsi pendenti, con udienza fissata per il 13 ottobre 2021. Nel decreto presidenziale del 24/05/2021, si chiede, in particolare, se sia doverosa per tutte le articolazioni dello Stato e per gli enti pubblici e territoriali la disapplicazione di direttive *self-executing* e se, in caso positivo, l'amministrazione

debba annullare d'ufficio il provvedimento emanato in difformità col diritto europeo. Infine, ci si domanda se con riferimento all'ultima moratoria di cui all'art. 182 del D.L. 34/2020, qualora quest'ultimo venga nuovamente considerato contrario al diritto dell'UE, rientrino tra «le aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto» anche quelle aree soggette a concessione scaduta all'entrata in vigore della disposizione ma con termine prorogato ai sensi della proroga automatica di cui all'art. 1 c. 682 l. 145/2018. Si tratta di profili estremamente rilevanti, sui quali era senz'altro auspicabile una pronuncia che, con l'autorità tipica delle decisioni dell'Adunanza plenaria, riportasse ad unità il contesto attuale, ancora frammentato da orientamenti piuttosto difformi (per gli aggiornamenti alle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si rinvia alla sezione III di questo volume).

Inconvenienti che accadono quando viene lasciato interamente sulle spalle della giurisprudenza il compito di colmare le lacune normative e le ambiguità di un legislatore indubbiamente poco attento.

### *Bibliografia essenziale*

- S. Agosto, *Gli incostanti approdi della giurisprudenza amministrativa sul tema delle concessioni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative*, «Riv. it. dir. pub. com.», 5, 2020, pp. 627 ss.;
- S.M. Carbone, P. Celle, M. Lopez de Gonzalo, *Il Diritto marittimo*, Torino, Giappichelli, 2020;
- P. Celle, *La tutela dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Roma, Aracne, 2016;
- M. Conticelli, *Il regime del demanio marittimo in concessione per finalità turistico-ricreative*, «Riv. trim. dir. pubb.», 4, 2020, pp. 1069 ss.;
- A. De Siano, *Disapplicazione per difformità dal diritto UE e protagonismo giurisprudenziale*, «Federalismi», 18, 2021;
- D. Granara, *In litore maris, Poteri e diritti, in fronte al mare*, Torino, Giappichelli, 2019;
- M. Magri, *«Direttiva Bolkestein» e legittimo affidamento dell'impresa turistico balneare: verso una importante decisione della Corte di Giustizia UE*, «Riv. giur. ed.», 4, 2016, pp. 361 ss.;

- G. Tropea, *Concessioni balneari e diritto europeo: nuovi “lati oscuri” della disapplicazione del giudice penale*, «dirittifondamentali.it», 1, 2020.

Viviana Di Capua

## Quali regole per le spiagge? Il punto sulla giurisprudenza nazionale

SOMMARIO: 1. L'incompatibilità del quadro normativo nazionale in materia di concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative con il diritto europeo della concorrenza – 2. L'apertura di una frattura nella giurisprudenza amministrativa nazionale sulla disapplicazione automatica e la rimessione della questione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato – 3. Alla ricerca di una soluzione definitiva: come costruire una riforma legislativa organica del settore

### *1. L'incompatibilità del quadro normativo nazionale in materia di concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative con il diritto europeo della concorrenza*

Il rilascio delle concessioni relative all'utilizzo esclusivo di aree appartenenti al demanio marittimo investe la più ampia tematica degli usi c.d. "speciali" di un bene pubblico, che ne limitano o condizionano, in via temporanea, il godimento collettivo e che, ormai da tempo, risultano in linea generale compatibili con la sua destinazione pubblica [Giannini 1963; Cerulli Irelli 1983; Renna 2004; Tonoletti 2008; De Giorgi Cezzi 2011]. La concessione non muta la destinazione del bene pubblico, determinando solo una significativa riduzione del ventaglio di possibilità di utilizzazione generale da parte della collettività che, però, trae indirettamente beneficio dallo sviluppo economico nazionale derivante dall'afflusso di investimenti privati.

Nell'ambito del contesto nazionale, fondato su di un'economia fortemente trainata dal turismo e contrassegnato dalla presenza di lunghi tratti di costa potenzialmente idonei ad essere

sfruttati da soggetti privati interessati ad investire nel settore, le concessioni demaniali marittime, e in particolare quelle per finalità turistico-ricreative, rappresentano un settore di indubbia rilevanza strategica [Ancis 2006, pp. 157 ss.; sulla funzione strumentale del bene demaniale, Benvenuti 1965, pp. 155 ss.]. In tal caso, oggetto immediato della concessione è il conferimento al concessionario dell'uso di un bene appartenente ad un pubblico potere, ma la concessione disciplina anche l'impresa che si esercita sul bene (ad esempio, l'attività dello stabilimento balneare sul demanio marittimo) [D'Alberti 1998, p. 162].

I considerevoli interessi economici, pubblici e privati, insieme alla ricerca di un delicato equilibrio tra sfruttamento e tutela delle aree coinvolte, sono state le ragioni principali dei numerosi interventi legislativi che si sono succeduti a distanza di pochi anni, nel tentativo quasi spasmodico di dare una soluzione definitiva ad un problema reso ancor più urgente dalla pandemia ancora in atto.

Le concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative sono state tipizzate dall'art. 01, d.l. 5 ottobre 1993, n. 400, convertito con modifiche dalla l. 4 dicembre 1993, n. 494, e sono rilasciate per l'esercizio delle seguenti attività: gestione di stabilimenti balneari; esercizi di ristorazione e somministrazione di bevande, cibi precotti e generi di monopolio; noleggio di imbarcazioni e natanti in genere; gestione di strutture ricettive ed attività ricreative e sportive; esercizi commerciali; servizi di altra natura e conduzione di strutture ad uso abitativo, compatibilmente con le esigenze di utilizzazione di cui alle precedenti categorie di utilizzazione. Il rilascio di tali concessioni, al pari delle altre sui beni demaniali marittimi, rinviene ancora oggi la sua disciplina fondamentale nel Codice della navigazione, nel relativo Regolamento di attuazione, nella legislazione di settore, nelle leggi regionali e nella disciplina dei Piani comunali di utilizzazione del demanio marittimo. Una pluralità di fonti normative di rango e natura diversi, di volta in volta arricchite di disposizioni specifiche e/o derogatorie rispetto alla disciplina generale che è rimasta pressoché intatta e «pervicacemente aganciata alla salvaguardia di quegli obiettivi di automaticità, insistenza e sostanziale perpetuità che sono stati "condannati" dall'ordinamento comunitario» [D'Orsogna 2011, p. 603].

Le diverse soluzioni hanno lasciato, infatti, trasparire una tendenza a favorire la stabilità delle assegnazioni, garantendo una posizione di favore ai detentori delle concessioni prorogate, in contrasto con le critiche espresse dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), dalla Commissione europea, dai giudici costituzionali, amministrativi ed europei [Rangone 2011, p. 203]. Più in particolare, i profili di maggiore criticità della disciplina delle concessioni demaniali marittime riguardavano la scelta del concessionario, la durata, il rinnovo automatico e, fino a qualche tempo fa, il c.d. diritto di insistenza.

Limitandoci ad alcuni cenni essenziali, dal combinato disposto degli artt. 36 e 37 del Codice della navigazione si evinceva un ampio grado di discrezionalità in capo all’amministrazione sia nel decidere “se” procedere al rilascio di una concessione, sia nell’individuare “a chi” concedere lo sfruttamento esclusivo dell’area in caso di più soggetti interessati [Gruner 2010, p. 678]. L’espletamento di una gara era, infatti, previsto solo nel caso in cui l’amministrazione si fosse trovata nell’ipotesi (pressoché improbabile) di applicare alcuno dei criteri preferenziali previsti dalla legge (proficuo utilizzo della concessione, più rilevante interesse pubblico e, per le sole concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, uso di attrezzature non fisse e completamente amovibili). Tuttavia, anche nel caso di celebrazione della gara, il concessionario uscente godeva di una posizione di privilegio nei confronti degli altri concorrenti: per effetto del diritto di insistenza previsto dall’art. 37, comma 2, in presenza di più domande, doveva essere preferita quella formulata dal soggetto già titolare della concessione stessa. L’istituto, se da un lato, era chiaramente diretto a salvaguardare la certezza di ammortamento degli investimenti effettuati dai concessionari, tuttavia, dall’altro lato, aveva l’effetto, insieme al rinnovo automatico, di rendere potenzialmente perpetua e non contendibile una assegnazione [Cassese 2003, p. 355; Perfetti 2003, p. 621; Calleri 2008, p. 467; Di Lascio 2009, pp. 837 ss.].

Nonostante la giurisprudenza amministrativa avesse provveduto nel tempo a svuotare di contenuto il diritto di insistenza, relegandolo a mero criterio sussidiario rispetto ai canoni generali stabiliti dalla legge e, più in particolare, restringendone l’am-

bito di applicazione all'ipotesi (peraltro assai rara) in cui, una volta pubblicizzata la procedura di rinnovo della concessione, si fosse verificata una effettiva equipollenza tra i requisiti e le condizioni prospettate nella domanda del precedente concessionario e in quelle degli altri concorrenti (Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168; Cons. Stato, sez. V, 31 maggio 2007, n. 2825; Cons. Stato, sez. VI, 24 dicembre 2009, n. 8716; Cons. Stato, sez. VI, 30 settembre 2010, n. 7239), tuttavia, l'AGCM, nella segnalazione AS481 del 20 ottobre 2008, aveva severamente criticato l'istituto a causa della posizione di favore indebitamente riconosciuta al concessionario uscente. Inoltre, la Commissione europea, nella lettera di messa in mora del 2 febbraio 2009 (procedura di infrazione 2008/4908), ne aveva contestato la compatibilità con il diritto europeo e, nello specifico, con il principio della libertà di stabilimento di cui all'art. 49 TfUE e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/UE (c.d. direttiva *Bolkestein*) che obbligava le amministrazioni nazionali a indire una selezione pubblica per il rilascio di autorizzazioni riguardanti *risorse scarse*, prevedeva limiti di durata e vietava espressamente i rinnovi automatici o l'attribuzione di altri vantaggi al prestatore uscente.

L'attacco serrato alla normativa nazionale è sfociato nell'abrogazione, ad opera dell'art. 1, comma 18, d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, convertito con modifiche dalla l. 26 febbraio 2010, n. 25, dell'art. 37, comma 2, nella parte in cui prevedeva il diritto di insistenza in favore del concessionario uscente, prorogando nel contempo la durata delle concessioni in corso al 31 dicembre 2015.

Nel frattempo, la Corte costituzionale è intervenuta a dichiarare l'illegittimità costituzionale delle leggi regionali che avevano riconosciuto al concessionario uscente la facoltà di richiedere una proroga ulteriore rispetto al termine del 2015, in ragione dell'entità delle opere e degli investimenti realizzati, nonché dei relativi ammortamenti (C. cost., 20 maggio 2010, n. 180; C. cost., 1 luglio 2010, n. 233; C. cost., 26 novembre 2010, n. 340; C. cost., 18 luglio 2011, n. 213; per una compiuta analisi delle pronunce, Cossiri 2016, pp. 5 ss.).

Nonostante il tentativo di adeguamento al diritto europeo della concorrenza, la disciplina nazionale continuava a presentare un ulteriore profilo di privilegio nei confronti di determina-



ti soggetti, rappresentato dalla durata assai ampia delle concessioni, derivante dal regime del rinnovo automatico del titolo, che la riforma del 2010 aveva lasciato inalterato. L'art. 01, comma 2, d.l. n. 400/1993 disponeva, infatti, che le concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, indipendentemente dalla natura o dal tipo di impianti previsti per lo svolgimento delle attività, avessero durata di sei anni e si rinnovassero automaticamente alla scadenza, fatta salva l'ipotesi di revoca per ragioni di interesse pubblico di cui all'art. 42 del Codice della navigazione. Il concessionario uscente risultava, pertanto, titolare di un requisito preferenziale talmente forte da non essere costretto nemmeno a presentare domanda di rinnovo del titolo (necessaria, invece, per avvalersi del diritto di insistenza), operando nei suoi confronti un meccanismo di rinnovo automatico, da escludersi nella sola ipotesi in cui l'amministrazione fosse riuscita a dimostrare la sussistenza di un interesse pubblico prevalente alla revoca della concessione [Calabrò 2012, p. 469]. Poiché l'abrogazione del diritto di insistenza diventava pressoché inutile a fronte del perdurare del regime del rinnovo automatico, la Commissione europea aveva inviato il 5 maggio 2010 una lettera di messa in mora complementare, nella quale adduceva la contrarietà di tale meccanismo rispetto alle regole di concorrenza di cui all'art. 12 della direttiva *Bolkestein*, nonché al principio della libertà di stabilimento di cui all'art. 49 TfUE.

In seguito a tale ulteriore intervento europeo, il legislatore nazionale, con l'art. 11, l. 15 dicembre 2011, n. 217 (c.d. legge comunitaria 2010), ha disposto l'abrogazione del citato art. 01, comma 2, d.l. n. 400/1993, recante il meccanismo del rinnovo automatico, delegando al contempo il Governo ad emanare, entro il 17 aprile 2013, un decreto legislativo avente ad oggetto la revisione e il riordino della legislazione relativa alle concessioni demaniali marittime. In conseguenza di questi ulteriori interventi legislativi, la procedura di infrazione è stata archiviata in data 27 febbraio 2020.

La delega legislativa non è mai stata esercitata e le concessioni in essere sono state prorogate fino al 2034, attraverso una serie di interventi realizzati per la gran parte in via d'urgenza, nel tentativo di guadagnare il tempo necessario a predisporre una riforma organica del settore che, però, ad oggi non è stata ancora avviata.

La Commissione europea ha avviato così una seconda procedura d'infrazione (2020/4118), notificando all'Italia la lettera di messa in mora del 3 dicembre 2020 [C(2020) 7826 final], nella quale è stata denunciata la reiterata inottemperanza del legislatore nazionale al diritto europeo della concorrenza.

In questo solco si era inserita la nota pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione europea, Sez. V, 14 luglio 2016, in cause riunite C-458/14 e C-67/16, resa su rinvio pregiudiziale proposto dal TAR Lombardia e dal TAR Sardegna, secondo la quale i rinnovi automatici e le estensioni della durata delle concessioni avevano l'effetto di precludere un confronto aperto e concorrenziale tra più aspiranti, collimando con l'art. 12 della direttiva 2006/123/UE e con l'art. 49 TfUE nella misura in cui tali concessioni presentavano un interesse transfrontaliero certo [Boscolo 2016, pp. 1211 ss.; Bellitti 2017, pp. 60 ss.]. Più in particolare, i giudici europei hanno chiarito che le concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative rientravano, in linea di principio, nell'ambito di applicazione della direttiva, essendo tuttavia rimessa al giudice nazionale la valutazione circa la natura *scarsa* o meno della risorsa attribuita in concessione. Un regime nazionale di proroga *ex lege* delle concessioni aventi ad oggetto risorse naturali *scarse*, poiché ritenuto nella sostanza equivalente al rinnovo automatico delle concessioni in essere che l'art. 12, par. 2, della direttiva *Bolkestein* espressamente vietava, veniva dunque ritenuto illegittimo.

## 2. *L'apertura di una frattura nella giurisprudenza amministrativa nazionale sulla disapplicazione automatica e la rimessione della questione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*

La pronuncia della Corte di Giustizia ha aperto una frattura nella giurisprudenza amministrativa nazionale sulla doverosità, per i giudici e per le amministrazioni, del potere di disporre la disapplicazione delle leggi statali o regionali recanti proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, poiché contrastanti con l'ordinamento europeo.

L'orientamento favorevole, maggioritario, si fonda sul presupposto che, a fronte di una illegittimità derivante dalla contrarietà ai principi e alle norme europee acclarata dal giudice sovranazionale, le disposizioni nazionali recanti, in via generalizzata, proroghe o rinnovi automatici non possano essere applicate né dai giudici né dalle amministrazioni. Tuttavia, poiché la violazione del diritto europeo non determina la nullità del provvedimento per difetto assoluto di attribuzione ai sensi dell'art. 21-*septies*, l. 7 agosto 1990, n. 241, ma solo un vizio di legittimità non diverso da quello che discende dal contrasto con il diritto interno, grava sul ricorrente l'onere di impugnare dinnanzi al giudice amministrativo entro il termine di decadenza i provvedimenti con cui le amministrazioni hanno prorogato la concessione inizialmente rilasciata, a pena di inoppugnabilità degli stessi (Cons. Stato, sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874; TAR Veneto, Venezia, sez. I, 3 marzo 2020, n. 218; TAR Lazio, Roma, sez. II, 15 gennaio 2021, n. 616; TAR Toscana, Firenze, sez. II, 8 marzo 2021, n. 363).

Minoritario è, invece, l'orientamento che nega la possibilità di ricorrere alla disapplicazione della normativa interna, sul presupposto che la direttiva *Bolkestein* non sia qualificabile come *self-executing* mancando dei requisiti oggettivi dell'auto-esecutività e non sia, pertanto, immediatamente applicabile in assenza di una normativa nazionale di attuazione. Da ciò discenderebbe l'illegittimità del provvedimento di diniego della proroga della concessione inizialmente rilasciata prevista dalla legge nazionale, ritenuta prevalente rispetto alla direttiva citata (Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 2019, n. 7251; TAR Lecce, sez. I, 15 gennaio 2021, n. 71; TAR Lecce, sez. I, 1 febbraio 2021, n. 155).

Poiché le pronunce della Corte di Giustizia hanno efficacia diretta negli ordinamenti interni degli Stati membri, sembra difficile negare che i giudici e le amministrazioni siano tenuti alla disapplicazione delle norme statali e regionali che autorizzino proroghe o rinnovi automatici delle concessioni precedentemente rilasciate, acclarato il contrasto con il diritto europeo. Sicché, per evitare la disapplicazione i giudici nazionali dovrebbero dimostrare la carenza e/o l'inesistenza del presupposto della *scarsità* della risorsa richiesto dalla direttiva *Bolkestein*, in presenza

del quale le amministrazioni sono tenute a bandire la selezione pubblica per l'assegnazione della concessione. L'orientamento formatosi sul punto sembra essere, tuttavia, piuttosto coeso nell'affermare che la spiaggia, bene pubblico demaniale e perciò inalienabile e impossibilitato a formare oggetto di diritti a favore di terzi, è una risorsa naturale *scarsa*, poiché limitata nel numero e nell'estensione, nonché astrattamente idonea a tollerare forme di sfruttamento economico (Cons. Stato, sez. IV, 16 febbraio 2021, n. 1416).

Per dirimere il contrasto giurisprudenziale, il Presidente del Consiglio di Stato ha deferito all'Adunanza Plenaria *ex art.* 99 del Codice del processo amministrativo due ricorsi pendenti dinanzi alla Quinta Sezione e al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana sulla questione della proroga *ex lege* delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative (Cons. Stato, dec. pres. 24 maggio 2021, n. 160).

### *3. Alla ricerca di una soluzione definitiva: come costruire una riforma legislativa organica del settore*

L'intervento della Plenaria non solleva il legislatore nazionale dalla responsabilità di predisporre una riforma organica del settore, ponendosi finalmente in linea con il diritto europeo ed eliminando la pericolosa situazione di incertezza per le amministrazioni e per gli operatori economici generata da un contesto normativo frammentato (per gli aggiornamenti alle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si rinvia alla sezione III di questo volume).

In premessa, va osservato che la materia delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative, e più in particolare delle connesse funzioni amministrative di gestione, è stata interessata dai processi di decentramento amministrativo e dalla riforma del Titolo V della Costituzione di cui alla l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3. Lo Stato detiene il potere di indirizzo e di coordinamento che, in forza del disposto dell'art. 117 Cost., si esprime mediante le c.d. materie trasversali come la tutela della concorrenza (C. cost., 6 luglio 2021, n. 139), oltre alla titolarità dominicale dei beni, che si traduce nella percezione dei canoni e

dei proventi derivanti dalla gestione del demanio. Alle Regioni, con subdelega ai Comuni, spetta invece l'esercizio delle funzioni amministrative [Licciardello 2008, pp. 266 ss.].

Una riforma del settore andrebbe costruita su una legge-quadro dello Stato che stabilisca i principi fondamentali della materia (ad esempio, in tema di pianificazione, modalità di assegnazione delle concessioni che privilegiano la gara pubblica, modalità di espletamento della gara, criteri di aggiudicazione, possibilità di affidamento a enti del terzo settore, durata, disciplina dell'eventuale trasferimento delle strutture inamovibili già realizzate in capo al nuovo titolare, criteri per la definizione dei canoni e della relativa ripartizione tra Stato, Regioni e Comuni, ecc.), lasciando alle Regioni l'adozione della disciplina di dettaglio (ad esempio, in tema di competenze per il rilascio, ecc.).

La futura normativa dovrà tenere conto di un vincolo non superabile, costituito dalla *scarsità* della zona costiera che, per questo motivo, rimane nella titolarità dei pubblici poteri. La concorrenza *per* il mercato appare, dunque, l'unica strada praticabile per individuare i gestori dei servizi nel rispetto dei principi europei. L'attribuzione della concessione potrà avvenire solo previa indizione di una *gara* pubblica, considerata quale «strumento multivalente per un corretto bilanciamento tra esigenze di efficienza dello sfruttamento, ragioni di massima valorizzazione economica del bene e istanze di sostenibilità» [Boscolo 2016, p. 1225]. Tra i criteri di selezione andrebbe inclusa una preferenza per gli operatori economici che presentino progetti di valorizzazione e tutela delle aree da utilizzare, oggetto di una verifica successiva con sanzione di decadenza [Rangone 2011, p. 206]. Inoltre, per consentire ai concessionari di recuperare gli investimenti, occorrerebbe definire i limiti minimi e massimi di durata della concessione, evitando i rinnovi automatici e qualsiasi altro criterio di selezione che attribuisca vantaggi ai concessionari uscenti.

Infine, sarà necessario stabilire altresì i principi fondamentali della pianificazione di settore, sia per garantire che una parte dei beni demaniali marittimi, in quanto beni comuni, rimanga estranea alla logica del mercato, sia per consentire la più ampia partecipazione al relativo procedimento delle parti interessate (associazioni di cittadini, di consumatori, ambientali, ecc.) [De Benedetto 2011, p. 230; Lucarelli 2019, p. 9].

### Bibliografia essenziale

- L. Ancis, *Tendenze evolutive delle concessioni turistico-ricreative sul demanio marittimo*, «Diritto Trasporti», 1, 2006, pp. 157 ss.;
- G. Bellitti, *La direttiva Bolkestein e le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali* (commento a Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sez. V, 14 luglio 2016, in cause riunite C-458/14 e C-67/16), «Giornale di diritto amministrativo», 1, 2017, pp. 60 ss.;
- F. Benvenuti, *Il demanio marittimo tra passato e futuro*, «Rivista di diritto della navigazione», 1965, pp. 154 ss.;
- E. Boscolo, *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime* (commento a Corte di Giustizia UE, sez. V, 14 luglio 2016, in causa C-67/15), «Urbanistica e appalti», 11, 2016, pp. 1211 ss.;
- M. Calabrò, *Concessioni demaniali marittime aventi finalità turistico-ricreativa e diritto europeo della concorrenza*, «Munus», 2, 2012, pp. 453 ss.;
- C. Calleri, *Diritto di insistenza e interpretazione dell'art. 37 cod. nav.* (nota a Cons. Stato, sez. V, 31 maggio 2007 n. 2825), «Diritto dei trasporti», 2008, pp. 467 ss.;
- S. Cassese, *Concessione di beni pubblici e "diritto di insistenza"* (commento a Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2002, n. 6764), «Giornale di diritto amministrativo», 4, 2003, pp. 356 ss.;
- V. Cerulli Irelli, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, CEDAM, 1983;
- A. Cossiri, *La proroga delle concessioni demaniali marittime sotto la lente del giudice costituzionale e della Corte di giustizia dell'UE*, «Federalismi.it», 14, 2016, pp. 1 ss.;
- M. D'Alberti, *Conclusioni e proposte*, in M. D'Alberti (a cura di), *Concessioni e concorrenza*, in *Temi e problemi*, 8, giugno 1998, Roma, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 1998, pp. 161 ss.;
- M. De Benedetto, *Oltre il federalismo demaniale, i nodi della regolazione: pianificazione, concessione, canoni*, in M. De Benedetto (a cura di), *Spagge in cerca di regole. Studio d'impatto sulle concessioni balneari*, Bologna, il Mulino, 2011, pp. 215 ss.;
- G. De Giorgi Cezzi, *Le concessioni di beni pubblici e il processo di privatizzazione*, «Ius Publicum», 2011, pp. 1 ss.;
- F. Di Lascio, *Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza* (nota a TAR Lazio, Latina, sez. I, 9 gennaio 2009, n. 12), «Rivista giuridica dell'edilizia», 3, 2009, pp. 831 ss.;
- M. D'Orsogna, *Le concessioni demaniali marittime nel prisma della concorrenza: un nodo ancora irrisolto* (commento a TAR Sardegna, sez. I, ord. 27 ottobre 2010, n. 473), «Urbanistica e appalti», 5, 2011, pp. 599 ss.;
- M.S. Giannini, *I beni pubblici*, Roma, Bulzoni, 1963;

- S. Licciardello, *Demanio marittimo ed autonomie territoriali*, in A. Police (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 266 ss.;
- 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, pp. 1 ss.;
- L.R. Perfetti, "Diritto di insistenza" e rinnovo della concessione di pubblici servizi, «Foro amministrativo C.d.S.», 2, 2003, pp. 621 ss.;
- N. Rangone, *Uso imprenditoriale del demanio marittimo e tutela della concorrenza*, in M. De Benedetto (a cura di), *Spiagge in cerca di regole. Studio d'impatto sulle concessioni balneari*, Bologna, il Mulino, 2011, pp. 199 ss.;
- M. Renna, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 2004;
- B. Tonoletti, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, CEDAM, 2008.





Massimino Crisci

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

SOMMARIO: 1. Le concessioni demaniali marittime e la posizione del diritto europeo – 2. L'emergenza pandemica e la riproposizione della proroga *ex lege* per le concessioni balneari – 3. Una possibile ricostruzione alternativa

### 1. *Le concessioni demaniali marittime e la posizione del diritto europeo*

La crisi economica conseguente all'emergenza pandemica da SARS Cov-2, ha riproposto l'annosa *querelle* giuridica in ordine alle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo.

Storicamente, la normativa interna italiana ha ritenuto le concessioni balneari estranee alle logiche di mercato e, pertanto, sottratte al rispetto del principio di concorrenza (art. 37 cod. nav., *ante* novella *ex* D.L. 194/2009).

Su tale abbrivio, il legislatore italiano, già con i D.L. 194/2009 e D.L. 179/2012, aveva previsto una proroga automatica delle concessioni vigenti, giustificata con la necessità di provvedere al riordino normativo della materia. Riordino tuttora difettante e che ha dato la stura alla previsione di una nuova proroga *ex lege* delle concessioni per ben 15 anni con l'art. 1 co. 682 e ss. L. 145/2018.

Tuttavia, *medio tempore*, la nota sentenza *Promoimpresa* (CGUE, sent. 14.7.2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15), culmine di un lungo percorso di interpretazione giuridica, aveva sancito l'impossibilità di proroga delle concessioni demaniali in

scadenza, rilevando di fatto una sottrazione al mercato comunitario di fattispecie di investimento economicamente rilevanti.

La posizione unionale prendeva le mosse dalla sussunzione della fattispecie concessoria del demanio marittimo ai fini turistico-ricreativi nell'alveo applicativo della Dir. 2006/123/CE (cd. *Bolkestein*), qualificando le concessioni demaniali in parola come vere e proprie "autorizzazioni", sottratte alla disciplina del codice degli appalti (D. Lgs. 50/2016).

Tale normativa, in linea generale, stabiliva che le autorizzazioni non possono essere soggette a limiti temporali «ad eccezione dei casi seguenti: a) l'autorizzazione prevede il rinnovo automatico o è esclusivamente soggetta al costante rispetto dei requisiti; b) il numero di autorizzazioni disponibili è limitato da un motivo imperativo di interesse generale; o c) una durata limitata è giustificata da un motivo imperativo di interesse generale» (art. 11 Dir. 2006/123/CE).

Il giudice comunitario ha ritenuto, in via di eccezionalità rispetto alla regola generale, che la fattispecie delle concessioni balneari trovasse la sua disciplina specifica nell'art. 12 della ridetta Direttiva che espressamente stabilisce:

1. Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento.
2. Nei casi di cui al paragrafo 1 l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami.

Dunque, pur non riconducendo le concessioni demaniali marittime nell'ambito applicativo del codice degli appalti, la CGUE non di meno aveva ritenuto che l'attribuzione di tali aree demaniali – avendo rilevanza economica – dovesse in ogni caso soggiacere ad una selezione concorrenziale, per un tempo limitato, senza possibilità di rinnovo automatico delle stesse.

Ciò, purché si rinvenissero i presupposti della limitatezza delle autorizzazioni rilasciabili, in ragione della scarsità delle risorse

naturali, nonché della rilevanza transfrontaliera dell'autorizzazione, predicata dall'art. 49 TFUE quale requisito di applicazione della normativa unionale (sentenza *Promoimpresa*).

Per tali ragioni era deflagrato il contrasto tra la norma interna e quella unionale con riferimento alla previsione della proroga *ex lege* delle concessioni balneari per 15 anni, dettata dall'art. 1 co. 682 e ss. L. 145/2018.

La giurisprudenza interna maggioritaria, allineandosi ai principi comunitari che parevano essere stati sanciti in via di vincolante esegesi dalla CGUE, e ritenendo gli stessi di applicazione generalizzata a tutte le concessioni demaniali marittime, aveva pertanto cassato i provvedimenti contrari adottati dalle varie amministrazioni locali, spingendosi ad affermare che il potere di disapplicazione dovesse essere direttamente utilizzato dalla p.a. nell'esercizio della propria potestà concessoria.

Inoltre, l'evoluzione pretoria dell'AGA (Autorità Giudiziarie Amministrative) aveva interpretato il rapporto tra l'art. 12 Dir. 2006/123/CE e l'art. 49 TFUE, nel senso di una loro autonomia applicativa, senza valorizzarne il rapporto di subordinazione gerarchica.

Secondo la sentenza n. 7874 del 18 novembre 2019 emanata dalla VI sezione del Consiglio di Stato, madre del successivo orientamento, infatti,

La Corte di Giustizia, più specificamente, chiamata a pronunciarsi sulla portata dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE (cd. Bolkestein) del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno (direttiva servizi), ha affermato, in primo luogo, che le concessioni demaniali marittime a uso turistico-ricreativo rientrano in linea di principio nel campo di applicazione della suindicata direttiva, restando rimessa al giudice nazionale la valutazione circa la natura "scarsa" o meno della risorsa naturale attribuita in concessione, con conseguente illegittimità di un regime di proroga *ex lege* delle concessioni aventi ad oggetto risorse naturali scarse, regime ritenuto equivalente al rinnovo automatico delle concessioni in essere, espressamente vietato dall'art. 12 della direttiva.

In secondo luogo, la Corte di giustizia ha affermato che, per le concessioni alle quali la direttiva non può trovare applicazione, l'art. 49 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) osta a una normativa nazionale, come quella italiana oggetto dei rinvii pregiudiziali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentino un interesse transfrontaliero certo.

Tuttavia, come si avrà modo di vedere meglio *infra*, un'attenta analisi della normativa unionale consente di predicare una visione alternativa – e diametralmente opposta – del portato della decisione della CGUE.

## 2. *L'emergenza pandemica e la riproposizione della proroga ex lege per le concessioni balneari*

Il legislatore italiano, sordo alla voce comune emersa in sede giurisprudenziale, ha “colto l'occasione” dell'emergenza sanitaria per reiterare la previsione della L. 145/2018, ritenendo di poterla giustificare alla luce della crisi economica conseguente alla pandemia.

Con l'art. 182 co. 2 del D.L. 34/2020, il Parlamento ha fondamentalmente riconfermato il dettato dell'art. 1 co. 682 e ss. L. 145/2018 («Fermo restando quanto disposto nei riguardi dei concessionari dall'articolo 1, commi 682 e seguenti, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 [...]»), arricchendolo sotto il profilo del divieto di devoluzione delle opere stabili ed indicando una nuova *ratio* normativa: quella del rilancio del settore economico e del contenimento dei danni economici arrecati al settore dalla pandemia.

La scelta di “ribadire” la previsione legislativa – mai direttamente cassata in sede costituzionale – in seno ad un testo di decretazione d'urgenza mirato a disciplinare la situazione emergenziale appare, ad avviso dello scrivente, chiara.

Tutta la giurisprudenza costituzionale prodottasi, difatti, si è sempre espressa su normative regionali il cui contenuto poteva dirsi assimilabile a quello della L. 145/2018, mentre quest'ultima – di fatto – non è mai stata direttamente sottoposta al vaglio della Consulta.

La norma, pertanto, non ha mai perso alcuna efficacia, sicché la precisa volontà di ribadire la portata alla luce della espresa necessità di rilanciare il settore a seguito dei danni economici arrecati dalla pandemia, riecheggia il tentativo di offrire una nuova veste costituzionale alla disciplina, che potesse giustificare e superare il suo contrasto con la sovraordinata normativa comunitaria.

Se, infatti, in periodo “di pace” la deroga alla superiore normativa unionale non avrebbe potuto trovare albergo nel nostro ordinamento, una rilettura della situazione economica imposta dall'emergenza pandemica avrebbe potuto consentire di valutare la disposta proroga, non già quale norma anticoncorrenziale, bensì quale misura di salvaguardia dell'iniziativa economica privata, costituzionalmente garantita dall'art. 41 Cost.

Tuttavia, la finalità appare, ad avviso dello scrivente, assolutamente inconciliabile con una previsione di proroga per ben 15 anni.

Tale orizzonte temporale risulta eccessivo rispetto alla mera necessità di garantire il rilancio del settore, talché appare evidente la reale volontà di aggiramento dei limiti imposti dal diritto europeo.

### 3. *Una possibile ricostruzione alternativa*

Ad avviso di chi scrive, la composizione della vicenda trova – in realtà – soluzione in sé stessa.

A ben vedere, l'antinomia tra la normativa interna e quella comunitaria potrebbe essere meramente apparente o, quanto meno, esasperata dalle rigide valutazioni della giurisprudenza interna.

Il *bias* giuridico, fulcro dell'insorto contrasto, infatti, risiede nella possibile erronea applicazione della disciplina comunitaria a tutte le concessioni demaniali marittime, così estendendo l'obbligo di gara per l'assegnazione ed il conseguente divieto di rinnovo ben oltre i reali limiti normativi.

L'attenta analisi del quadro normativo e ricostruttivo comunitario *supra* tracciato, infatti, riconosce sì la indubbia supremazia della disciplina comunitaria, ma àncora la necessità di una selezione pubblica per l'individuazione del concessionario e l'impossibilità di rinnovo del titolo giuridico, alla ricorrenza di due presupposti “eccezionali” specifici: le ridotte risorse naturali e la rilevanza transfrontaliera dell’“affidamento”.

Al di fuori di tali requisiti, la regola generale rimane quella dell'autorizzazione “non concorrenziale”, senza limiti temporali.

Soccorre, in tale prospettiva, il sistema di gerarchia delle fonti comunitarie che prevede al suo vertice le norme stabilite dai Trattati, considerate appunto diritto europeo primario [Tesauro 2020].

L'art. 288 del TFUE, dunque, individua gli atti legislativi comunitari, considerati diritto secondario o derivato, tra cui appunto figurano le direttive.

Detto quadro, pertanto, restituisce una struttura normativa nella quale gli atti secondari, gemmando dal diritto primario, non possono porsi in contrasto con quest'ultimo, né estendere la loro portata oltre i limiti tracciati dagli articoli dei Trattati.

Tale ineludibile premessa, che potrebbe apparire scontata, consente di circoscrivere correttamente la portata applicativa dell'art. 12 della Dir. 2006/123/CE escludendo una sua estensione generalizzata a tutte le concessioni demaniali marittime.

Come confermato proprio dalla sentenza *Promoimpresa*, la norma di diritto europeo primario rilevante nella fattispecie che ci occupa è quella individuata dall'art. 49 TFUE, interpretata nel senso che «osta a una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo» (punto 74 sentenza *Promoimpresa*).

Non sfugge che il ragionamento seguito dalla CGUE sia quello di sostenere che – data la natura armonizzante della Dir. 2006/123/CE, diretta a regolare uniformemente una specifica materia su tutto il territorio unionale – debba escludersi la possibilità di derogare alla normativa secondaria, invocando una scusante fondata sul diritto primario [Marchegiani 2021, p. 155].

Tuttavia, se è pur vero che la natura “armonizzante” della Direttiva consente di applicare la norma senza ricorrere alle norme dei Trattati [Caputi Iambrenghi, 2018, p. 95], ad avviso di condivisibile dottrina tale principio non può essere estremizzato al punto da trarre argomenti per sostenere un'applicazione del diritto secondario oltre i limiti dei confini contenuti nei Trattati [Marchegiani 2021, pp. 155 ss.].

La diretta conseguenza dell'esegesi alternativa innanzi tracciata è quella di circoscrivere la portata applicativa della Dir. 2006/123/CE entro i limiti dell'art. 49 TFUE: ovverosia entro i limiti della rilevanza transfrontaliera certa delle concessioni demaniali marittime.

All'intero di tali limiti, e non al di fuori di essi, dovrà verificarsi la sussistenza dei requisiti di scarsità delle risorse naturali

che permette l'applicazione dell'art. 12 Dir. 2006/123/CE (successivamente alla consegna del presente scritto è, come noto, intervenuta sul punto l'Adunanza Plenaria, offrendo una ricostruzione giuridica diametralmente opposta alla presente; per gli aggiornamenti alle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si rinvia alla sezione III di questo volume).

La prospettiva di analisi è, dunque, rovesciata rispetto a quanto sostenuto dalla giurisprudenza interna: l'interesse transfrontaliero certo è il perimetro rigido entro cui deve valutarsi se sia o meno applicabile l'art. 12 della Dir. 2006/123/CE per scarsità delle risorse naturali da affidarsi, e non già una norma di chiusura che attragga sotto l'ombrello della normativa comunitaria tutte le ipotesi che sfuggono al requisito della scarsità delle risorse (invero la CGUE, con la sentenza n. 360/15 del 30 gennaio 2018 ha chiarito che le disposizioni del capo III della direttiva 2006/123/CE, relative alla libertà di stabilimento dei prestatori, devono essere interpretate nel senso che si applicano anche a una situazione i cui elementi rilevanti si collocano tutti all'interno di un solo Stato membro).

La sussistenza di un interesse transfrontaliero, pertanto, non andrà verificata a valle dell'accertamento sull'applicabilità dell'art. 12 Dir. 2006/123/CE, ma a monte.

In sintesi, ove non si rilevi la sussistenza di un interesse transfrontaliero, dovrà escludersi *ab ovo* la possibilità di invocare tanto l'art. 49 TFUE, quanto l'art. 12 Dir. 2006/123/CE.

In tale prospettiva, appare alquanto rilevante la stessa produzione giurisprudenziale comunitaria (*ex plurimis* CGUE causa C-65/17 del 19 aprile 2018, punti 39 e 40), secondo cui

L'esistenza di un interesse transfrontaliero certo non può essere ricavata in via ipotetica da taluni elementi che, considerati in astratto, potrebbero costituire indizi in tal senso, bensì deve positivamente risultare da una valutazione concreta delle circostanze dell'appalto in questione nel procedimento principale. Ciò implica che non può ritenersi che un interesse transfrontaliero certo sussista sulla base di elementi che non escludono la sua esistenza, ma che deve considerarsi sussistente un interesse siffatto qualora il carattere transfrontaliero dello stesso consti alla luce di elementi oggettivi e concordanti (v. in tal senso, sentenza del 6 ottobre 2016, Tecnoedi Costruzioni, C 318/15, EU:C:2016:747, punto 22).

Tale ricostruzione, inoltre, si riallaccia al principio comunitario – espresso dalla CGUE – per cui la valutazione in ordine alla sussistenza di un siffatto interesse transfrontaliero, rientra nella cognizione del giudice interno remittente. Tant'è che, proprio nella sentenza *Promoimpresa*, la CGUE ha ritenuto irricevibile la questione pregiudiziale della causa C-67/15 per mancata allegazione degli elementi di fatto atti a consentire la valutazione di sussistenza di un interesse transfrontaliero alla concessione demaniale (punto 68 e 69).

Detto principio, invero, deve essere rimodulato in ragione della “riserva di amministrazione” che l’ordinamento italiano attribuisce alla p.a. nell’esercizio del *munus publicum*, sicché la valutazione di sussistenza dell’interesse transfrontaliero certo è interamente demandata alla discrezionalità della p.a., residuando in capo all’AGA soltanto un controllo debole *ab extrinseco* sulla legittimità di tali scelte.

L’immediata conseguenza di una tale ricostruzione – che mira ad individuare un punto di sintesi tra l’ordinamento interno italiano e quello comunitario – è (*rectius* dovrebbe essere) la tendenziale impermeabilità delle scelte amministrative alla valutazione di merito del giudice amministrativo.

Talché non apparirebbe predicabile un orientamento giurisprudenziale univoco che si esprima in termini di supremazia e preminenza assoluta e generalizzata del diritto unionale su quello interno.

Viene dunque meno il cardine su cui poggia l’applicazione generalizzata dell’art. 12 della Direttiva *Bolkestein* a tutte le concessioni demaniali marittime, atteso che – a ben vedere – l’intervento del giudice amministrativo è limitato al controllo di legittimità delle scelte operate dalla p.a., sotto il profilo della manifesta irragionevolezza ed incongruità, senza che – per converso – possa sostituire a tali scelte discrezionali, proprie valutazioni aprioristiche sulla rilevanza transfrontaliera delle concessioni demaniali.

In tale prospettiva, spetterà alle singole amministrazioni argomentare in ordine alla (non) rilevanza transfrontaliera delle singole concessioni demaniali, con motivazione tale da essere impermeabile al controllo di legittimità dell’AGA.



Medesime considerazioni possono svolgersi in merito alla “scarsità delle risorse naturali” oggetto di concessione, presupposto di applicazione dell’art. 12 Dir. 2006/123/CE.

La sussistenza di tale elemento, per le medesime ragioni innanzi espresse in ordine all’interesse transfrontaliero, non è predicabile in astratto da parte dell’AGA, essendo al contrario riservata alla discrezionalità della p.a.

Ciò *a fortiori* per un Paese, quale l’Italia, il cui territorio è caratterizzato da un consistente territorio costiero, pari a circa 8.000 km.

Anche sotto tale profilo, dunque, appare rilevabile la fallacia di una applicazione generalizzata della disciplina comunitaria di cui alla Direttiva *Bolkestein*.

Né a differenti conclusioni potrebbe condurre anche l’invocato esercizio del potere di disapplicazione della normativa interna confliggente, che la giurisprudenza nazionale ha ritenuto esercitabile anche da parte della stessa p.a.

Al contrario, detto potere conferma la coerenza dell’alternativo quadro giuridico innanzi offerto.

La disapplicazione, difatti, è lo strumento di risoluzione delle antinomie che consente «di non applicare ad una singola fattispecie o per particolari effetti un atto, che per altre fattispecie o ad altri effetti rimane pienamente valido ed efficace» [Mortati 1991, p. 299; Vannucci 2011, p. 6], senza che vi sia alcuna incidenza sulla esistenza della norma stessa (Corte Cost., 11 luglio 1989, n. 389).

Dunque, in assenza di un’abrogazione espressa, o di un intervento specifico della Consulta sulla norma interna, la disposizione rimarrà in pieno vigore per disciplinare tutte le fattispecie non confliggenti con la normativa sovraordinata.

Ciò ben si rinsalda con il succitato potere “riservato ed esclusivo” della p.a. di valutare la rilevanza transfrontaliera delle concessioni, nonché, a ben vedere, anche con la predicata possibilità diretta di disapplicazione della norma confliggente da parte del funzionario amministrativo.

L’amministrazione, pertanto, nell’esercizio del proprio *munus*, dovrà preliminarmente valutare la sussistenza di un interesse transfrontaliero certo che assista il possibile affidamento della concessione balneare.

Ove ciò – con motivazione congrua e ragionevole – non dovesse essere ritenuto sussistente, legittimamente l'Amministrazione potrà riconoscere la proroga di cui all'art. 1 co. 682 e ss. L. 145/2018.

Specularmente, ove al contrario la p.a. dovesse ritenere applicabile i principi comunitari di cui agli artt. 49 TFUE e 12 Dir. 2006/123/CE, la relativa motivazione potrà essere efficacemente gravata innanzi al giudice amministrativo per sua irragionevolezza od incongruità, senza che l'AGA possa opporre preconcetti generalizzati ed astratti in ordine alla supremazia del divieto comunitario di rinnovo. Oggetto di un tale contenzioso, difatti, sarebbe esclusivamente la legittimità della valutazione operata dalla p.a. e che costituisce il presupposto applicativo della disciplina unionale.

Conclusivamente, alla luce delle superiori riflessioni, e senza alcuna aspettativa di esaustività, appare fondatamente predicabile una ricostruzione normativa alternativa che renda la disciplina di cui alla L. 145/2018 comunitariamente sostenibile, in una prospettiva applicativa limitata alle concessioni balneari esistenti che non manifestino – a discrezionale giudizio della p.a. – un interesse transfrontaliero certo.

### *Bibliografia essenziale*

- A. Bernardi (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, Jovene, XI, 2015;
- V. Caputi Iambrenghi, *L'interesse pubblico nelle concessioni demaniali marittime*, in D. Granara (a cura di), *In litore maris. Poteri e diritti in fronte al mare*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 67 ss.;
- F. Caringella, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Roma, Dike, 2016;
- M. Carlin, *Concessioni demaniali marittime e lacuali. Problemi e casi pratici*, Milano, Key, 2019;
- G. Carullo, A. Monica, *Le concessioni demaniali marittime nel mercato europeo dei servizi: la rilevanza del contesto locale e le procedure di aggiudicazione*, 26, 2020, <[https://www.federalismi.it/nv14/articolo\\_documento.cfm?artid=44163](https://www.federalismi.it/nv14/articolo_documento.cfm?artid=44163)>, luglio 2021;
- B. De Maria, A. Lucarelli, M.C. Girardi, *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime*, Napoli, ESI, 2021;
- R. Galli, *Corso di Diritto Amministrativo*, Padova, CEDAM, V, 2011;

- G. Marchegiani, *La proroga al 2033 delle concessioni balneari nell'ottica della procedura d'infrazione avviata dalla Commissione europea*, «Urbanistica e appalti», 2, 2021, pp. 153 ss.;
- A. Monica, *L'odissea delle concessioni demaniali marittime tra principi di libera circolazione, proroghe e interessi di categoria*, 2016, <<http://rivista.eurojus.it/lodissea-delle-concessioni-demaniali-marittime-tra-principi-di-libera-circolazione-proroghe-e-interessi-di-categoria/>>, luglio 2021;
- C. Mortati, *Istituzione di diritto pubblico*, Padova, CEDAM, I, 1991;
- P. Perrone, *Concessioni demaniali marittime nella nuova prospettiva all'interno dell'Unione Europea*, Lecce, Primiceri, 2019;
- G. Tesauro, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Napoli, ESI, 2020;
- A. Vannucci, *Disapplicazione e diritto comunitario. La flessibilità come unica via per garantire coerenza all'ordinamento in una prospettiva sempre più integrata*, 17, 2011 <[https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=18745&content=&content\\_author=](https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=18745&content=&content_author=)>, luglio 2021.



## B - Stato e Autonomie



Giovanni Di Cosimo

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

SOMMARIO: 1. Argomenti – 2. Durata – 3. Aspetti economici – 4. Titoli preferenziali – 5. Due linee

### 1. *Argomenti*

Dopo il recepimento della direttiva Bolkestein nel 2010, la Corte costituzionale si è occupata più volte delle concessioni demaniali marittime a uso turistico e ricreativo. Nella maggior parte dei casi su sollecitazione del Governo, che ha impugnato altrettante leggi regionali. Da tale giurisprudenza si ricava l'impressione che le Regioni siano particolarmente sensibili agli interessi degli operatori economici che hanno ottenuto in concessione le spiagge, e quindi adottino norme che variamente li favoriscono. Il Governo pare invece più attento alle esigenze della tutela della concorrenza e quindi anche agli interessi dei potenziali nuovi operatori; per quanto, in realtà, la complessiva posizione statale si riveli piuttosto ambigua, dato che il legislatore ha, ancora di recente, prorogato per l'ennesima volta le concessioni demaniali marittime.

Prima di passare brevemente in rassegna gli argomenti in campo, va rilevato che l'intera giurisprudenza del giudice delle leggi muove dal presupposto che il tema impatti diversi ambiti materiali, sia statali che regionali. La Corte ritiene però che una materia esclusiva statale, la tutela della concorrenza, abbia un peso senz'altro superiore rispetto alle altre. Mentre il primo argomento, ossia la molteplicità degli ambiti materiali in ballo, non porta a conseguenze tangibili, il secondo, ovvero il maggio-

re rilievo della tutela della concorrenza, fonda invariabilmente la conclusione dell'illegittimità della disciplina regionale.

## 2. *Durata*

Le Regioni tendono a prolungare la durata delle concessioni già in essere e, in questo modo, favoriscono gli attuali titolari a scapito di potenziali nuovi concessionari. Una legge regionale, per esempio, concede la proroga della concessione al verificarsi di determinati eventi («mareggiate e/o eventi atmosferici eccezionali, che provochino danni agli stabilimenti balneari, ai beni demaniali ed alle relative pertinenze incamerate»: art. 1 l.r. Liguria 24/2012). La Corte replica che questa misura è in contrasto con i vincoli derivanti dall'ordinamento europeo (art. 117 comma 1 Cost.) relativamente alla libertà di stabilimento e alla tutela della concorrenza, e inoltre determina «una disparità di trattamento tra operatori economici, in violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera e), dal momento che coloro che in precedenza non gestivano il demanio marittimo non hanno la possibilità, alla scadenza della concessione, di prendere il posto del vecchio gestore se non nel caso in cui questi non chieda la proroga o la chieda senza un valido programma di investimenti. Al contempo, la disciplina regionale impedisce l'ingresso di altri potenziali operatori economici nel mercato, ponendo barriere all'ingresso, tali da alterare la concorrenza» (sent. 171/2013).

In seguito la medesima Regione estende la durata della concessione allo scopo di stabilire «adeguate garanzie per la conservazione del diritto alla continuità delle concessioni in atto» (art. 1.2 l.r. Liguria 26/2017 che lega il diritto alla continuità con il «fine di tutelare l'organizzazione sociale delle aree costiere, garantire la continuità aziendale delle attività che operano sulla base di un titolo concessorio attualmente vigente, assicurare la tutela del legittimo affidamento dei titolari di concessioni demaniali attualmente operanti in forza dei rapporti già instaurati e pendenti [...] e mantenere il livello attuale di presidio delle aree demaniali marittime nelle more dell'entrata in vigore della nuova disciplina»). La Corte replica che la «finalità di tutelare [...] l'affidamento e la certezza del diritto degli operato-



ri locali, non vale ad escludere il vulnus arrecato dalla disposizione in esame alla competenza esclusiva dello Stato, in materia di tutela della concorrenza» (sent. 1/2019). Richiamandosi al diritto europeo, la sentenza aggiunge che l'eccessiva durata delle concessioni in atto comporta il concreto rischio di gestioni inefficienti.

In un altro caso la proroga si applica, addirittura, ai soggetti privi dei requisiti di legge.

Per effetto della disposizione censurata si è esteso anche ai soggetti "non in possesso dei requisiti di legge" la possibilità di usufruire della proroga delle concessioni demaniali marittime in atto e, quindi, si è introdotta una disciplina che risulta in contrasto con i principi comunitari in materia di libera concorrenza e con l'art. 117, primo comma, della Costituzione. In particolare, la norma regionale, nel consentire il rinnovo automatico della concessione, determina una violazione del principio di concorrenza, in quanto a coloro che in precedenza non gestivano il demanio marittimo è preclusa la possibilità, alla scadenza della suddetta concessione, di prendere il posto del precedente gestore (sent. 233/2010).

Un altro strumento per allungare la durata della concessione è il rinnovo automatico. La Corte oppone che l'automatismo

determina una disparità di trattamento tra gli operatori economici in violazione dei principi di concorrenza, dal momento che coloro che in precedenza non gestivano il demanio marittimo non hanno la possibilità, alla scadenza della concessione, di prendere il posto del vecchio gestore se non nel caso in cui questi non chieda la proroga o la chieda senza un valido programma di investimenti (sent. 180/2010; negli stessi termini si esprimono le sentt. 340/2010 e 213/2011).

La sentenza precisa che

si tratta della proroga di una concessione già scaduta, e pertanto non vi è alcun affidamento da tutelare con riguardo alla esigenza di disporre del tempo necessario all'ammortamento delle spese sostenute per ottenere la concessione, perché al momento del rilascio della medesima il concessionario già conosceva l'arco temporale sul quale poteva contare per ammortizzare gli investimenti, e su di esso ha potuto fare affidamento.

In un caso simile, il rinnovo delle concessioni esistenti è previsto da una disciplina transitoria nelle more dell'adozione di un organico piano spiaggia comunale. La Corte obietta che l'ipotesi del rinnovo finisce

per essere sottratta alle procedure a evidenza pubblica conformi ai principi, comunitari e statali, di tutela della concorrenza stabiliti per le ipotesi di rilascio di nuove concessioni, e per consentire de facto la mera prosecuzione dei rapporti concessori già in essere, con un effetto di proroga sostanzialmente automatica – o comunque sottratta alla disciplina concorrenziale – in favore dei precedenti titolari (10/2021).

Sempre alla medesima logica è riconducibile la trasformazione delle concessioni stagionali in pluriennali. I giudici costituzionali ribattono che, essendo tali concessioni «relative ad attività di carattere intrinsecamente stagionale», la trasformazione «comporta la possibilità del rilascio (o del rinnovo) di tali concessioni per periodi del tutto indeterminati in favore di un unico titolare, che risulterebbe così ingiustificatamente privilegiato rispetto a ogni altro possibile interessato, in violazione [...] dei principi di tutela della concorrenza» (sent. 10/2021).

Infine, l'estensione temporale del rapporto consegue alla previsione di una durata maggiore rispetto a quella fissata dal legislatore statale. Il Governo nel ricorso osserva che la disposizione consente una utilizzazione prolungata di una risorsa scarsa e in questo modo limita la concorrenza, che risulta «recessiva rispetto alle esigenze di integrale ammortamento degli investimenti e alla piena remunerazione del capitale investito dal concessionario, sottese all'intervento normativo regionale impugnato». La sent. 109/2018 accoglie questa prospettazione e dichiara l'incostituzionalità della disposizione regionale.

### 3. *Aspetti economici*

In alcuni casi le Regioni tutelano perfino gli interessi economici dei concessionari (in modo diretto, si potrebbe dire, posto che la stessa scelta di prolungare le concessioni ha delle evidenti ricadute di carattere economico). Una legge della Regione Toscana prevede, ad esempio, che il concessionario subentrante sia tenuto al pagamento di un indennizzo in favore di quello uscente. Per la Corte la norma è incostituzionale per violazione della tutela della concorrenza, perché incide «sulle possibilità di accesso al mercato di riferimento e sulla uniforme regolamentazione dello stesso, potendo costituire, per le imprese diverse dal concessionario uscente, un disincentivo alla partecipazione al

concorso che porta all'affidamento» (sent. 157/2017). Stessa cosa per una legge della Regione Veneto: siccome condiziona il subentro nel rapporto concessorio al pagamento di un indennizzo in favore del gestore uscente, «influisce sulle possibilità di accesso al mercato di riferimento e sulla uniforme regolamentazione dello stesso, potendo costituire, per le imprese diverse dal concessionario uscente, un disincentivo alla partecipazione al concorso che porta all'affidamento» (sent. 222/2020 che risolve una questione di legittimità costituzionale promossa dal tribunale amministrativo regionale). La Corte osserva poi che la disciplina non trova riscontro nella legislazione statale, che «non assegna alcun rilievo alle componenti economico-aziendali dell'impresa del concessionario uscente, in caso di definizione del rapporto», anche qualora il concessionario «abbia realizzato opere non amovibili, che in base all'art. 49 cod. nav. possono essere acquisite al demanio senza alcun compenso o rimborso, ovvero senza oneri che gravino sul subentrante».

In un altro caso, il legislatore regionale giustifica l'estensione della durata della concessione in base a una motivazione di carattere economico (la norma fa riferimento al tempo necessario per garantire l'ammortamento degli investimenti e l'equa remunerazione dei capitali investiti). Tuttavia, la valutazione della Corte è negativa, dato che si tratta della «sfera di competenza riservata in via esclusiva alla legislazione statale, alla quale unicamente spetta disciplinare in modo uniforme le modalità e i limiti della tutela dell'affidamento dei titolari delle concessioni già in essere nelle procedure di selezione per il rilascio di nuove concessioni» (sent. 1/2019).

#### 4. *Titoli preferenziali*

Le Regioni favoriscono i concessionari altresì per mezzo del riconoscimento di titoli preferenziali. Un primo esempio è offerto dalla legge che introduce la nozione di “impresa balneare ligure”, ossia quelle che «in quanto connotanti il paesaggio costiero costituiscono un elemento del patrimonio storico culturale e del tessuto sociale della Regione». Il problema è che in questo modo le procedure di aggiudicazione vedono

se non uniche legittimate, quantomeno innegabilmente favorite le imprese già presenti sulla costa ligure. Le quali – in sede di prima applicazione della legge regionale in esame, e con effetti pro futuro – sono le sole imprese balneari “connotanti il paesaggio costiero”, e (già) ascrivibili al “patrimonio storico” ed al tessuto sociale della Liguria. Mentre l’operatore di altra Regione o di altro Stato membro, ove eventualmente partecipasse a una procedura di selezione, non potrebbe certo possedere la qualifica di impresa balneare ligure (sent. 221/2018).

Un secondo esempio riguarda la sopravvenuta non conformità delle concessioni al piano comunale delle coste. In questa ipotesi, una legge della Regione Puglia salvaguardia i concessionari in due modi: o attraverso una variazione dell’area oggetto della concessione per compensarli della parte revocata per non conformità col piano, «o attraverso una traslazione del titolo concessorio, che comporta il trasferimento totale di questo su un’area diversa da quella originariamente concessa». La sent. 40/2017 risponde che a «tali modalità di variazione e traslazione dei titoli concessori corrisponde, invero, il riconoscimento di un diritto su aree diverse da quelle originariamente assentite. E ciò, si osservi, avviene addirittura in deroga ai limiti complessivi fissati per l’estensione territoriale delle concessioni demaniali e su aree alle quali nessun altro operatore economico può aspirare». La conclusione della Corte è che si tratta di un’ipotesi di rilascio di nuove concessioni, e poiché ciò avviene in assenza di una procedura di selezione tra gli operatori economici aperta, pubblica e trasparente, reputa che sia violato il principio della tutela della concorrenza, oltre che il parametro dell’art. 117 comma 1 Cost. che impone il rispetto dei vincoli derivanti dall’ordinamento europeo.

### 5. *Due linee*

La rassegna della giurisprudenza costituzionale relativa alla legislazione regionale sulle concessioni demaniali marittime a uso turistico e ricreativo mette in evidenza due linee di fondo. Da un lato, la costante attenzione per la categoria degli attuali concessionari, che vengono tutelati con i più svariati meccanismi, senza che i legislatori regionali manifestino alcuna apparen-

te consapevolezza dei profili relativi alla libera concorrenza fra gli operatori economici. Agli esempi citati, si può aggiungere la norma secondo cui i comuni devono garantire che il rilascio di nuove concessioni «avvenga senza pregiudizio del legittimo affidamento degli imprenditori balneari titolari di concessioni» (art. 3.3 l.r. Abruzzo 30/2017), che pure incappa nella sanzione della Corte («affida alla discrezionalità delle amministrazioni comunali l'adozione di misure che, qualunque ne sia la concreta configurazione, necessariamente inciderebbero in senso limitativo sulla materia della tutela della libera concorrenza e della parità di trattamento tra tutti gli aspiranti alla concessione»: sent. 118/2018). Fa invece eccezione la norma della Regione Sicilia sul rilascio di nuove concessioni per un tempo limitato (in attesa che il legislatore statale realizzi la generale revisione della disciplina delle concessioni demaniali marittime preannunciata dalla legge di bilancio 2019). Piuttosto sorprendentemente anche questa disposizione viene impugnata dal Governo, ma la Corte giudica la questione inammissibile perché proposta in forma apodittica. In particolare, il ricorrente non spiega perché si rientrerebbe nella materia tutela della concorrenza, «non chiarisce minimamente perché la disciplina posta dalla disposizione impugnata, che non rivela immediate interferenze con l'ambito della tutela della concorrenza [...], vi dovrebbe invece essere ricondotta» (sent. 144/2020).

Dall'altro, il ruolo egemone assegnato dalla Corte alla tutela della concorrenza. Non vengono però spiegate le ragioni per cui questa materia esclusiva statale debba prevalere sulle altre, per esempio rispetto a materie residuali regionali come il turismo. In realtà, una recente decisione intravede il problema («il riferimento alla tutela della concorrenza non può ritenersi così pervasivo da impedire alle Regioni, in materia, ogni spazio di intervento espressivo di una correlata competenza»), e offre una chiave di lettura: la competenza regionale «è destinata a cedere il passo alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di concorrenza soltanto quando l'oggetto della regolazione finisca per influire sulle modalità di scelta del contraente, ove si incida sull'assetto concorrenziale dei mercati in termini tali da restringere il libero esplicarsi delle iniziative imprenditoriali» (sentt. 161/2020 che, nel secondo passo citato, riprende la sent.

221/2018). Ma questo criterio non sembra in grado di spostare la linea di riparto così come risulta dalla giurisprudenza passata in rassegna, dal momento che tutti i casi citati continuerebbero ad essere intercettati dalla tutela della concorrenza, rispetto alla quale sussiste un legame quantomeno indiretto.

### *Bibliografia essenziale*

C. Benettazzo, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, «federalismi.it», 25, 2016, pp. 16 ss.;

G. Cerrina Feroni, *La gestione del demanio costiero. Un'analisi comparata in Europa*, «federalismi.it», 4, 2020, pp. 43 s.;

M. Conticelli, *Il regime del demanio marittimo in concessione per finalità turistico-ricreative*, «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 4, 2020, pp. 1073 s.;

A. Cossiri, *La proroga delle concessioni demaniali marittime sotto la lente del giudice costituzionale e della Corte di giustizia dell'UE*, «federalismi.it», 14, 2016;

G. Dalla Valentina, *La proroga ope legis delle concessioni demaniali marittime dalla sentenza n. 1/2019 della Corte Costituzionale al Decreto Rilancio*, «Forum di Quaderni Costituzionali», 3, 2020;

G. Di Cosimo, *Materie (riparto di competenze)*, «Digesto delle Discipline Pubblicistiche», Agg. III, 2008;

M.C. Girardi, *Principi costituzionali e proprietà pubblica. Le concessioni demaniali marittime tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, «DPER online», 1, 2019, pp. 237 ss.;

A. Greco, *Il legislatore interviene (ancora) in materia di demanio marittimo. Problemi di costituzionalità e "tenuta comunitaria" nel bilanciamento tra tutela dell'affidamento, libera concorrenza e parità di trattamento*, «federalismi.it», 14, 2011, pp. 6 ss.;

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. Monica, *Le concessioni demaniali marittime in fuga dalla concorrenza*, «Rivista italiana diritto pubblico comunitario», 2, 2013, pp. 437 ss.;

M. Romeo, *La Corte costituzionale interviene nuovamente in merito alla disciplina della proroga delle concessioni demaniali marittime da parte di leggi regionali, pronunciandosi sulla legge della Regione Calabria n. 46 del 25 novembre 2019*, «Dirittiregionali.it», 31 marzo 2021;

S. Zunarelli, N. Carnimeo, *L'impresa balneare sul demanio marittimo*, Bari, Cacucci, 2019.

Enrico Verdolini

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

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il riparto di attribuzioni *ex art. 117 Cost.* e la competenza statale sulla «tutela della concorrenza» – 3. Profili di illegittimità costituzionale *ex art. 117 Cost.* negli interventi legislativi delle Regioni – 4. Le pronunce “fuori dal coro” del giudice costituzionale: quale ruolo per le Regioni? – 5. Conclusioni: i vincoli sociali alla proprietà e all’impresa

### 1. *Premessa*

Quello della piena attuazione della direttiva europea n. 123/2006 (c.d. direttiva *Bolkestein*) nell’ambito delle concessioni sui beni demaniali marittimi è un argomento di particolare complessità: da parte delle Regioni, sono state adottate plurime soluzioni legislative riguardanti le possibilità di destinazione dei litorali, alcune delle quali non hanno superato il vaglio del giudice costituzionale perché contrastanti coi principi europei di libertà di stabilimento e di concorrenza, nonché col riparto di competenze *ex art. 117 Cost.*

A partire dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, dai suoi orientamenti prevalenti e dalle sentenze “fuori dal coro”, si cercherà di tracciare un quadro complessivo del ruolo delle Regioni nell’ambito delle scelte strategiche riguardanti le aree costiere, scelte che toccano plurimi articoli (e valori) costituzionali, andando ben oltre la semplice questione della «tutela della concorrenza».

## 2. Il riparto di attribuzioni ex art. 117 Cost. e la competenza statale sulla «tutela della concorrenza»

Come evidenziato dalla Corte Costituzionale, la disciplina delle concessioni sui beni demaniali marittimi, con finalità turistico-ricreative, ricade entro i confini di una pluralità di materie ex art. 117 Cost.: alcune sono di competenza esclusiva dello Stato, come la «tutela della concorrenza», la «tutela dell'ambiente» e l'«ordinamento civile»; altre di competenza concorrente, come il «governo del territorio»; altre ancora di competenza residuale regionale, come il «turismo» e il «commercio» [Conticelli 2020].

Una parte importante della giurisprudenza costituzionale ha individuato in capo al legislatore statale la prerogativa principale di disciplina delle concessioni, valorizzando l'attribuzione in materia di «tutela della concorrenza» ex art. 117, comma 2, lettera e) Cost.

A partire dalla sentenza n. 14/2004, è prevalsa l'idea di attribuire al concetto di «tutela della concorrenza» un significato plurimo [Morrone 2019, p. 108; Saputelli 2017, pp. 14 ss.]: secondo il giudice costituzionale, la nozione riflette quella operante in ambito europeo e

comprende, pertanto, sia le misure legislative di tutela in senso proprio, intese a contrastare gli atti e i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati, sia le misure legislative di promozione, volte a eliminare limiti e vincoli alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese (concorrenza nel mercato), ovvero a prefigurare procedure concorsuali di garanzia che assicurino la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici (concorrenza per il mercato) (sentenza n. 56/2020 della Corte Costituzionale).

Non bisogna commettere l'errore di attribuire alla «tutela della concorrenza» una dimensione eccessivamente ampia: una dilatazione dei confini di questa materia avrebbe come effetto la restrizione del raggio d'azione delle Regioni nella sfera dell'economia. La riserva allo Stato della competenza sulla «tutela della concorrenza» risponde, più che altro, alla *ratio* di far sì che il legislatore nazionale possa garantire un certo grado di unità e omogeneità dell'ordinamento giuridico nell'attuazione della disciplina europea [Buffoni 2003, p. 374]. Per questa ragione, la



Corte ha chiarito come «il riferimento alla tutela della concorrenza non può essere così pervasivo da assorbire, aprioristicamente, le materie di competenza regionale» (sentenze n. 98/2017 e n. 56/2020). Le Regioni non devono essere né private, né menomate delle proprie competenze in materia di regolazione delle attività economiche (sentenza n. 8/2013). Posto che le Regioni conservano una propria dimensione d'azione legislativa, il tema è semmai quello di determinare quali possano essere l'estensione e l'intensità dell'intervento regionale.

La Corte Costituzionale ha sottolineato a più riprese come i criteri e le modalità di affidamento delle concessioni demaniali marittime devono essere stabiliti dal legislatore nazionale in conformità ai principi di libera concorrenza e di libertà di stabilimento caratterizzanti l'ordinamento europeo. Il caso specifico delle concessioni demaniali marittime può essere, pertanto, inquadrato in quel novero di ipotesi in cui l'intervento da parte del legislatore statale sia finalizzato a promuovere la «concorrenza per il mercato»: a causa delle particolari caratteristiche del settore in questione, la competizione fra i (potenziali) operatori deve essere spostata a un momento precedente a quello dell'erogazione del servizio, ossia alla procedura di concorso con cui viene scelto il concessionario [Cassetti 2001, p. 9].

È necessario, allora, chiedersi quale sia il ruolo che le Regioni possono esercitare in questo particolare settore: dato che la competenza statale sulla «tutela della concorrenza» non può inibire del tutto le altre competenze regionali, bisogna inquadrare quali margini d'intervento legislativo rimangano in capo alle Regioni che sono, pur sempre, titolari delle prerogative d'intervento negli ambiti del «governo del territorio», del «turismo» e del «commercio».

Secondo il dettato del decreto legislativo n. 85/2010, la titolarità dei beni del demanio marittimo (art. 822 c.c.) è stata devoluta alle Regioni. Sulla base di quanto previsto dal decreto legislativo n. 112/1998, le Regioni sono titolari delle competenze amministrative riguardanti il rilascio delle concessioni. Le relative funzioni, di regola, sono esercitate dai Comuni, verso i quali le Regioni però mantengono potestà d'indirizzo (sentenza n. 157/2017).

Quale può essere, allora, la portata dell'azione del legislatore regionale? Per comprenderlo appieno, è necessario approfondirne ulteriormente la giurisprudenza costituzionale.

### *3. Profili di illegittimità costituzionale ex art. 117 Cost. negli interventi legislativi delle Regioni*

La giurisprudenza costituzionale ha evidenziato come la direttiva *Bolkestein* disponga che i criteri e le modalità di assegnazione dei titoli concessori debbano essere volti ad assicurare la piena imparzialità delle procedure di selezione, così da garantire *in toto* la concorrenza per il mercato fra gli operatori.

Il giudice costituzionale ha, pertanto, sanzionato sulla base dell'art. 117, comma 2, lettera e) quelle leggi regionali che si è ritenuto introducessero direttamente dei titoli di preferenza nell'aggiudicazione delle concessioni (sotto diverse forme) a favore degli imprenditori balneari già gestori di beni demaniali marittimi nel territorio regionale (sentenze n. 221/2018, 118/2018 e 40/2017), violando il principio di «parità di trattamento e uniformità delle condizioni del mercato» (sentenza n. 221/2018).

Un caso emblematico è stato quello della legge n. 25/2017 della Regione Liguria, che aveva istituito un marchio di qualità distintivo degli insediamenti balneari liguri, considerati come una componente del patrimonio storico-culturale, meritevole di una particolare promozione: la qualifica veniva messa in rilievo nelle procedure concorsuali di aggiudicazione delle concessioni, favorendo gli imprenditori già presenti sul litorale, rispetto a quelli di altre Regioni o altri Stati membri (sentenza n. 221/2018).

Allo stesso modo, il giudice costituzionale ha considerato illegittime quelle disposizioni legislative regionali che potessero costituire un disincentivo alla partecipazione alle procedure concorsuali per le imprese diverse dal concessionario uscente.

È possibile fare riferimento, nello specifico, a quelle leggi regionali che avevano introdotto, in capo al nuovo titolare della concessione, un obbligo di indennizzo a favore del concessionario uscente: è stata più volte rilevata l'incostituzionalità di questi vincoli *ex lege* che influivano, in termini di maggiori costi,

sul subentro di nuovi operatori nella gestione dei beni demaniali marittimi (sentenze n. 222/2020, 109/2018, 157/2017).

Un altro blocco della giurisprudenza costituzionale ha riguardato, in senso ampio, gli interventi legislativi delle Regioni in materia di durata temporale delle concessioni.

Secondo la giurisprudenza della Corte, che inquadra la disciplina di questo profilo nella competenza statale *ex art. 117* comma 2 lettera e) Cost., le prescrizioni della direttiva *Bolkestein* e del quadro normativo nazionale impongono una durata limitata delle concessioni: un affidamento prolungato dei beni demaniali incide sulle possibilità di ingresso nel mercato di altri potenziali operatori economici (sentenza n. 109/2018). Per di più, sempre a detta della Corte (sentenza n. 1/2019, che riprende la sentenza n. 176/2018), «durate eccessive delle concessioni stimolano gestioni inefficienti» (una correlazione che, a onor del vero, sarebbe tutta da dimostrare).

Sulla base di queste motivazioni, facendo leva sull'art. 117, comma 2, lettera e) Cost., la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della legge n. 10/2017 della Regione Friuli-Venezia Giulia, che fissava a quarant'anni il termine di durata massima del titolo concessorio (sentenza n. 109/2018), e della legge n. 26/2017 della Regione Liguria, che statuiva come la durata della concessione non potesse essere inferiore a venti e superiore a trent'anni (sentenza n. 1/2019).

Allo stesso modo, le sentenze della Corte hanno dichiarato l'incostituzionalità delle disposizioni legislative regionali che prevedevano il rinnovo automatico (sentenze n. 1/2019, 171/2013, 233/2010) o anche semplicemente la possibilità della proroga delle concessioni esistenti (sentenze n. 10/2021, 213/2011, 340/2010, 180/2010), adottando come parametro, alternativamente, l'art. 117 comma 1 Cost. (sussistenza di vincoli comunitari) e l'art. 117, comma 2, lettera e) Cost.

La Corte ha motivato che i rinnovi, di qualsiasi tipo, avrebbero precluso la possibilità di gestione dei beni demaniali da parte di nuovi operatori e avrebbero favorito, di fatto, i vecchi concessionari. In alcune pronunce, la Corte ha parlato espressamente della sussistenza di barriere all'entrata per le nuove, potenziali, iniziative imprenditoriali, tale da alterare l'assetto concorrenziale del mercato (sentenze n. 171/2013 e n. 180/2010).

Compiuto l'esame delle principali tendenze giurisprudenziali, è possibile concludere come, a livello generale, la Corte Costituzionale abbia fatto ampio ricorso ai parametri dell'art. 117 comma primo Cost. e, soprattutto, dell'art. 117, comma 2, lettera e) Cost. per censurare quelle leggi regionali che, modulando le condizioni di partecipazione alle procedure concorsuali o i termini dei rapporti concessori, avessero favorito i titolari delle concessioni degli stabilimenti balneari già operativi nella permanenza sull'area avuta in gestione.

Il punto è se, nel rispetto del riparto di competenze *ex art. 117 Cost.*, permangano in ogni caso dei margini d'intervento in capo alle Regioni, sulla base di altre motivazioni: nelle valutazioni del legislatore possano trovare spazio esclusivamente le esigenze relative alla «tutela della concorrenza» o queste istanze devono essere contemperate con altri interessi meritevoli di essere garantiti?

#### *4. Le pronunce “fuori dal coro” del giudice costituzionale: quale ruolo per le Regioni?*

Una volta analizzata la giurisprudenza prevalente, non si può trascurare come siano presenti alcune decisioni che hanno tratteggiato il possibile ruolo politico delle istituzioni regionali nella definizione delle destinazioni dei beni del demanio marittimo, ricorrendo all'esercizio delle competenze legislative e delle funzioni amministrative che sono loro proprie.

Anche di recente, la sentenza n. 161/2020 della Corte Costituzionale ha argomentato come la competenza in materia di «tutela della concorrenza» non possa essere considerata come una prerogativa destinata a operare con assolutazza: «il riferimento alla tutela della concorrenza non può ritenersi così pervasivo da impedire alle Regioni, in materia, ogni spazio d'intervento».

La giurisprudenza costituzionale ha evidenziato come, nell'esercizio delle competenze in materia di «governo del territorio» e «turismo», il legislatore regionale possa assumere delle scelte di particolare rilievo politico su quanta parte del territorio costiero debba essere riservata a uso pubblico e quanta parte, invece, possa essere concessa a operatori privati: deve essere il legisla-

tore regionale a decidere in merito alla percentuale d'estensione e alla corrispondente destinazione delle aree, compiendo un bilanciamento complessivo fra le ragioni del pubblico interesse alla libera fruibilità delle spiagge e quelle degli imprenditori privati che vogliano stabilirvi delle attività turistico-ricreative (sentenza n. 40/2017).

Sempre la giurisprudenza costituzionale ha messo in rilievo come il quadro normativo europeo e quello nazionale non contengano indicazioni di dettaglio sui criteri che devono guidare la scelta delle pubbliche amministrazioni nell'individuazione dei soggetti cui affidare la gestione del bene facente parte del demanio marittimo (sentenza n. 109/2018): nell'esercizio delle competenze legislative e delle funzioni amministrative che sono loro proprie, le Regioni hanno pertanto la possibilità di definire delle priorità che orientino la procedura di selezione dei concessionari, coerenti con gli interessi di matrice collettiva che ciascuna amministrazione può ritenere di particolare rilievo nel valutare a quali soggetti affidare la gestione dei beni demaniali marittimi.

Per circoscrivere gli interessi pubblici meritevoli di considerazione, si può fare riferimento innanzitutto all'art. 16 comma 2 del d.lgs. n. 59/2010, che ha dato attuazione alla direttiva *Bolkestein* e ha precisato come nel «fissare le regole della procedura di selezione le autorità competenti possono tenere conto 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».

Per qualificare in concreto gli interessi rilevanti, può essere d'aiuto anche la sentenza n. 109/2018 della Corte Costituzionale, che ha validato un vero e proprio catalogo dei criteri di selezione da utilizzare nelle procedure concorsuali a partire dagli elenchi dell'art. 8, commi 1 e 2, della legge n. 10/2017 della Regione Friuli-Venezia Giulia.

I criteri proposti dal catalogo permettono di valutare in sede di comparazione delle candidature la natura dell'organizzazione gestionale degli stabilimenti (miglior utilizzo pubblico del bene, qualità dei servizi proposti, qualità degli impianti e dei manufatti), il loro impatto sull'ecosistema costiero (profili di valoriz-

zazione dell'ambiente e del paesaggio, compatibilità ambientale dei materiali utilizzati per gli impianti e i manufatti) le ricadute di carattere economico-occupazionale (coerenza con gli obiettivi di sviluppo sostenibile, impatto occupazionale, ricadute positive sul territorio, somministrazione di prodotti locali) e, per concludere, le garanzie riguardanti la piena fruibilità degli spazi (la proposta di misure migliorative per l'accessibilità dei diversamente abili).

Il catalogo così formato è di particolare interesse, dal momento che la Corte ha affermato espressamente come i criteri individuati dalla legge regionale non contrastino con la *ratio* della procedura concorsuale e non interferiscano con la sua dinamica competitiva di fondo: per tale ragione, il catalogo assume un valore più ampio, potendo costituire un elemento di riferimento utile per altre leggi regionali che vogliano disciplinare questo particolare aspetto delle procedure di selezione.

Alla prova concreta dei fatti, la Corte Costituzionale ha riconosciuto l'infondatezza delle questioni di legittimità sollevate a proposito di quella legge della Regione Basilicata che, facendo propria l'ispirazione di fondo di uno dei criteri selettivi battezzati dalla Consulta, ha aperto nuove possibilità in ordine all'affidamento di concessioni provvisorie o stagionali.

Nello specifico, le disposizioni dell'art. 46 comma primo della legge n. 19/2017 della Regione Basilicata hanno posto l'attenzione sull'esigenza di godimento del mare e della spiaggia da parte dei disabili e delle rispettive famiglie, disciplinando l'assegnazione delle concessioni ai Comuni o alle associazioni di volontariato che garantissero determinati *standard* di accessibilità.

Il giudice ha ritenuto, già nella sentenza n. 109/2018, che le «misure migliorative della fruibilità e accessibilità per i soggetti diversamente abili» integrassero quei profili di interesse generale, conformi al diritto comunitario, che possono costituire elementi utili di valutazione nella scelta dei concessionari. In questa seconda pronuncia, la Corte ha ribadito la necessità di valorizzare queste istanze di carattere sociale, riconoscendo implicitamente l'importanza delle esperienze delle istituzioni comunali e delle associazioni di volontariato nell'erogazione di specifici servizi che si affianchino alla necessaria rimozione delle barriere architettoniche.

### 5. Conclusioni: i vincoli sociali alla proprietà e all'impresa

I beni del demanio marittimo costituiscono, ai sensi dell'art. 822 c.c., degli spazi di proprietà pubblica, facenti parte del patrimonio regionale, di particolare rilevanza per consentire la piena garanzia di precisi valori costituzionali [Lucarelli, Longhi 2020]: a) sotto il profilo ambientale, la destinazione prescelta per questi beni può influire sugli assetti generali del paesaggio costiero e su quella necessità di tutela espressa dall'art. 9 Cost.; b) per quanto riguarda il profilo sociale, è in ogni caso necessario salvaguardare la possibilità di libero accesso al litorale (art. 16 Cost.), anche e soprattutto per esigenze legate alla cura della propria salute, intesa come diritto *ex art.* 32 Cost.

La soluzione scelta da alcune Regioni, come già evidenziato, è stata innanzitutto quella di stabilire in via legislativa una quota minima di area costiera da riservare all'uso pubblico: fra i casi più significativi, ci sono quelli della Regione Puglia, che ha fissato il *minimum* al 60% dell'area litoranea (legge n. 17/2015 della Regione Puglia), e della Regione Lazio, che invece ha previsto una riserva al pubblico del 50% (legge n. 8/2015 della Regione Lazio).

Per quanto riguarda, invece, la quota di area costiera da concedere in gestione dietro rilascio di concessioni, anche in questo caso gli interventi legislativi e amministrativi delle Regioni possono essere orientati dalle finalità legate agli art. 9, 16 e 32 Cost., accordando particolare importanza a determinati valori costituzionali al momento della fissazione dei criteri di selezione degli affidatari (senza contare quei criteri orientativi che tengano conto anche delle ricadute in termini occupazionali, secondo quella logica di promozione del lavoro rappresentata dall'art. 4 Cost.). È stato il caso della legge n. 19/2017 della Regione Basilicata e della legge n. 10/2017 della Regione Friuli-Venezia Giulia.

Che la materia delle concessioni d'utilizzo degli spazi del litorale sia esclusivamente una questione di «tutela della concorrenza» è un ragionamento che è stato smentito dalla giurisprudenza costituzionale e dalle scelte legislative (legittime) delle Regioni.

La riflessione attorno all'utilizzo dei beni demaniali non può prescindere dalla valorizzazione di quei vincoli sociali presenti sia nell'art. 41 Cost. che nell'art. 42 Cost. («funzione sociale»

della proprietà), i quali possono fornire una base idonea a legittimare, assieme alle disposizioni richiamanti specifici valori costituzionali, un ruolo positivo dei pubblici poteri che sia coerente con il quadro normativo europeo e che sia volto a evitare fenomeni di rendite di posizione o di cattivo utilizzo del patrimonio demaniale pubblico.

### *Bibliografia essenziale*

- G. Amato, *Corte Costituzionale e concorrenza*, «Mercato, concorrenza, Regole», 3, 2017;
- F. Angelini, *Tutela della concorrenza (art. 117.2.e)*, in R. Bifulco, A. Celotto (a cura di), *Le materie dell'art. 117 nella giurisprudenza costituzionale dopo il 2001*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015;
- L. Buffoni, *La "tutela della concorrenza" dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale e il riparto di competenze legislative*, «Istituzioni del federalismo», 2, 2003;
- R. Caranta, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del Titolo V della Costituzione*, «Le Regioni», 4, 2004;
- L. Cassetti, *Potestà legislativa regionale e tutela della concorrenza*, «Federalismi», 10.12.2001;
- M. Conticelli, *Il regime del demanio marittimo in concessione per finalità turistico-ricreative*, «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 4, 2020;
- A. Lucarelli, L. Longhi, *Le concessioni demaniali marittime e la democratizzazione della regola della concorrenza*, «Giurisprudenza costituzionale», 3, 2018;
- S. Mangiameli, *Giurisprudenza costituzionale creativa e costituzione vivente. A proposito delle sentenze 303 del 2003 e 14 del 2004*, «Le Regioni», 4-5, 2008;
- A. Morrone, *Gli strumenti di politica economica nel nuovo Titolo V della Costituzione*, «Rassegna dell'Avvocatura dello Stato», 2, 2008;
- 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;
- G. Saputelli, *Lo Stato regionale italiano e il riparto di competenze in materia di attività produttive e sviluppo economico, fra devoluzione e accentramento*, «Federalismi», 22, 2017;
- E. Verdolini, *Le Regioni fra governo dell'economia e dell'occupazione: concertazione sociale e risorse europee nei «Patti per il lavoro» dell'Emilia-Romagna*, «Istituzioni del Federalismo», 1, 2021;
- F. Trimarchi Banfi, *La tutela della concorrenza nella giurisprudenza costituzionale. Questioni di competenza e questioni di sostanza*, «Diritto pubblico», 2, 2020.



Giulio Profeta

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

SOMMARIO: 1. Premesse. L'instabilità del quadro regolatorio delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo – 2. La gestione del demanio marittimo e l'origine delle antinomie nel settore – 3. L'analisi dell'assetto prescritto dalla legge n. 145 del 2018 (legge di bilancio per il 2019) – 4. Spunti interlocutori. Conclusioni

### *1. Premesse. L'instabilità del quadro regolatorio delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo*

La recente apertura da parte della Commissione Europea di una nuova procedura di infrazione nei confronti dell'Italia a proposito delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo è dipesa, ancora una volta, dal ricorso da parte del Legislatore interno al meccanismo della proroga generalizzata dei rapporti concessori, disposto con la legge n. 145 del 2018 (legge di bilancio per il 2019) e, addirittura, esteso a tutte le concessioni demaniali con la legge n. 126 del 2020, di conversione del D.L. n. 104 del 2020.

A dire il vero, il tema sembrava aver raggiunto un arresto definitivo con la sentenza «Promoimpresa, Melis ed altri» del 14 luglio 2016 della V Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che aveva enucleato il chiaro principio secondo cui il diritto sovranazionale «osta a una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, nei limiti in cui tali concessioni pre-

sentano un interesse transfrontaliero certo»; in particolare, lo strumento della proroga era stato ritenuto incompatibile con il diritto europeo non in sé, ma in virtù della sua portata indistinta, in grado di alterare i principi concorrenziali racchiusi nei Trattati e nel diritto derivato tramite la chiusura del mercato a soggetti diversi dagli “*incumbent*” già operanti, anche se preposti alla cura dell’interesse pubblico consistente nella gestione delle aree demaniali [Conticelli 2020 pp. 1070-1071; Armenante 2020, pp. 266 ss.; Trudu 2019 pp. 899 ss.; Boscolo 2016, pp. 1217 ss.; Adesso, D’Alessandro 2016 pp. 8 ss.; Magri 2016, pp. 359 ss.].

La scelta legislativa italiana del 2018, quindi, ha determinato la riemersione del vero elemento di rottura tra i due sistemi legali presente sullo sfondo della sentenza «Promoimpresa, Melis ed altri», ossia quello attinente alle discrepanti modalità per mezzo delle quali è possibile perseguire l’interesse pubblico: se per l’ordinamento sovranazionale esso si salvaguarda, salvo casi specifici circostanziati, attraverso la ricezione di logiche pienamente concorrenziali, in Italia, al contrario, questo risultato ha trovato realizzazione anche mediante la rilevanza conferita ad ulteriori fattori, ad esempio rappresentati dalla natura di piccole imprese a conduzione familiare dei concessionari balneari nazionali [Profeta 2021, pp. 7 ss.; Conticelli 2020, pp. 1080-1081; Boscolo 2016, pp. 1221 ss.; Monica 2013, pp. 440 ss.; Giannini 1963, pp. 58 ss.].

In considerazione del contesto delineato, arricchitosi progressivamente con il ruolo fondamentale assolto dalle entità sub-statali, il presente contributo intende fornire alcuni spunti per favorire la ricomposizione di un equilibrio, evidenziando la centralità che può assumere a tal scopo il procedimento amministrativo, luogo dove, per eccellenza, è possibile pervenire ad una sintesi tra posizioni differenti [Clarich 2019, pp. 233 ss.; Fonderico, Clarich 2015].

## 2. *La gestione del demanio marittimo e l’origine delle anti-nomie nel settore*

La gestione del demanio marittimo è stata caratterizzata, all’epoca della sua concettualizzazione, da una forte impronta

statale, dato che la si declinava esclusivamente quale limite del territorio dello Stato e, di conseguenza, quale confine fisico da presidiare per esigenze difensive [Boscolo 2016, pp. 1219 ss.; D'Orsogna 2011, pp. 603 ss.; Bolcina 2011, p. 23; Lami 2010, pp. 9 ss.; Licciardello 2008, pp. 266 ss.].

Il passaggio ad un assetto divergente sia per finalità, sia per natura degli attori interessati, è stato graduale, anche se l'attuazione della regionalizzazione negli anni Settanta ha impresso una decisiva accelerazione, mediante la quale le Regioni hanno acquisito *ex* articolo 59 del d.P.R. n. 616 del 24 luglio 1977 «le funzioni amministrative sul litorale marittimo, sulle aree demaniali immediatamente prospicienti, sulle aree del demanio lacuale e fluviale, quando l'utilizzazione prevista abbia finalità turistiche e ricreative». Successivamente, le riforme degli anni Novanta si sono collocate lungo questo solco con un ampliamento delle funzioni amministrative regionali, le quali, in virtù dell'articolo l'articolo 105, comma 2, lettera l) del D. Lgs. n. 112 del 1998, si dilatarono oltre gli scopi turistici e ricreativi, fino ricomprendere il «rilascio di concessioni di beni del demanio della navigazione interna, del demanio marittimo e di zone del mare territoriale per finalità diverse da quelle di approvvigionamento di fonti di energia», per arrivare, infine, a devolvere il loro concreto esercizio direttamente ai Comuni in forza dell'articolo 42 del D. Lgs. n. 96 del 1999 [Bolcina 2011, pp. 26 ss.; Lami 2010, pp. 22 ss.; Licciardello 2008, pp. 273 ss.].

L'impianto regolatorio ha, quindi, visto le Regioni mantenere funzioni di programmazione, di indirizzo e di vigilanza, mentre gli Enti Locali avvalersi dei veri e propri poteri amministrativi di rilascio del provvedimento concessorio, con un assoluto ribaltamento dello schema pregresso ed un ruolo Statale relegato sullo sfondo [Conticelli 2020, p. 1073; Lefebvre D'Ovidio, Pescatore, Tullio, 2019, pp. 108-109; Licciardello 2008, pp. 273-274].

La modifica del Titolo V ha consolidato la tendenza autonomistica con il superamento del principio del criterio del parallelismo tra funzioni legislative e quelle amministrative in favore di quello dell'attribuzione dei compiti amministrativi direttamente agli enti territoriali di prossimità e, perciò, ai Comuni, salvo il loro esercizio unitario ad un livello di governo superiore secondo i canoni della sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza

posti dall'articolo 118, comma 1 della Costituzione, in raccordo con la nuova concezione policentrica della Repubblica suddivisa in più enti territoriali dall'articolo 114.

Ciononostante, una conseguenza indiretta di questo processo di decentramento, intensamente sottovalutata, è stata la frammentazione giuridica che ha investito il generale concetto di bene demaniale, non ricondotto esplicitamente ad alcuna delle materie elencate dall'articolo 117 della Costituzione nel riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni e, perciò, considerabile "caleidoscopico" e trasversale a diverse tra queste, come il turismo, il governo del territorio, la tutela della concorrenza e l'ordinamento civile, nonché sottoposto al limite del rispetto dei vincoli derivanti dall'Unione Europea [Conticelli 2020, pp. 1073; Lefebvre D'Ovidio, Pescatore, Tullio, 2019, pp. 130 ss.; Boscolo 2016, pp. 1220 ss.; Licciardello 2008, pp. 266 ss.].

Proprio questa crisi funzionale della nozione di bene demaniale [Monica 2013, p. 438] è stata verosimilmente l'innescò concreto delle antinomie nel settore delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo, esplose dopo la modifica del Titolo V lungo due dimensioni interdipendenti: verticalmente tra Stato italiano ed istituzioni europee, orizzontalmente fra livello di governo centrale ed entità sub-statali.

Verticalmente, il contrasto tra l'Italia e l'Unione Europea, dovuto come visto ad un'impostazione diversa sulle modalità di perseguimento dell'interesse pubblico, si è consumato in più occasioni nei tentativi interni di evitare l'applicazione integrale dei principi concorrenziali europei di libertà di stabilimento, economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e tutela dell'ambiente prescritti dai Trattati e dalla direttiva c.d. *Bolkestein* n. 123 del 2006, che precludono al riconoscimento di vantaggi indistinti ai concessionari uscenti, equiparati a qualsiasi altro operatore economico; la pronuncia «Promoimpresa, Melis ed altri» sembrava aver scritto l'ultima pagina di questo confronto, con la qualificazione del gestore nei termini di un ordinario prestatore di servizi in regime di autorizzazione, con consequenziale obbligo, discendente dall'articolo 117, comma 1 della Costituzione, per lo Stato italiano di conformarsi ai vincoli europei.

D'altro canto, orizzontalmente sulle tensioni tra i due approcci regolatori differenti si sono innestate anche le incertezze interpretative in ordine alla titolarità della potestà normativa sul demanio e, in particolare, sulle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo, dato che, mancando un univoco riferimento espresso nei blocchi di materia previsti all'articolo 117 della Costituzione, larga parte delle Regioni, anche se con distinte scelte di politica legislativa, ha ritenuto di poter adottare cornici regolatorie tendenzialmente onnicomprensive, considerando l'ambito attratto o nella competenza concorrente del governo del territorio di cui al comma 3 o, addirittura, nella competenza esclusiva del turismo *ex* comma 4, pur essendo vigente il Codice della Navigazione in tema di assegnazioni concessorie sul demanio marittimo [Gualtieri 2011 pp. 84 ss.; Lami 2010, pp. 23 ss.].

Su questo piano, ha assunto un ruolo decisivo la Corte Costituzionale, la quale in vari momenti, con soluzioni complementari a quelle sviluppate nei rapporti verticali tra Stato e ordinamento sovranazionale, ha avuto modo di sostenere la scomposizione delle concessioni demaniali marittime presso «diversi ambiti materiali, attribuiti alla competenza sia statale che regionale, atteso che particolare rilevanza, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento di tali concessioni, “assumono i principi della libera concorrenza e della libertà di stabilimento, previsti dalla normativa comunitaria e nazionale”» (*Ex multis*, sentenza n. 40 del 2017 della Corte Costituzionale).

Pertanto, all'esito di questi passaggi, la gestione del demanio marittimo ha acquisito una fisionomia integrata, i cui confini, *ex* articoli 117 e 118 della Costituzione, sono rappresentati da una parte per tutti gli attori pubblici nazionali dai vincoli derivanti dall'Unione Europea, dall'altra per le autonomie territoriali anche dalle materie legislative di pertinenza statale e dai canoni di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza nell'esercizio delle funzioni amministrative.

In questo quadro, il Parlamento italiano ha promulgato la legge n. 145 del 2018 (legge di bilancio per il 2019), dove ha prefigurato fra varie ed eterogenee misure, tra cui la riproposizione di una controversa proroga *ex lege*, all'articolo 1, comma 675 una generale «revisione del sistema delle concessioni demaniali

marittime», secondo un nuovo modello basato su due diversi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, tutt'oggi ancora da adottare.

### 3. *L'analisi dell'assetto prescritto dalla legge n. 145 del 2018 (legge di bilancio per il 2019)*

I due decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri sono disciplinati rispettivamente dall'articolo 1, comma 675 e dall'articolo 1, comma 680 della legge n. 145 del 2018 e presentano natura distinta.

Infatti, il decreto del Presidente del Consiglio *ex* articolo 1, comma 675 manifesta un contenuto ampio e bipartito, consistente da un lato in una fotografia della configurazione odierna del demanio costiero-marittimo, individuando la tipologia e il numero delle imprese concessionarie o la ricognizione degli investimenti da loro effettuati, dall'altro nell'elaborazione *pro futuro* di criteri per «un nuovo modello di gestione [...] secondo schemi e forme di partenariato pubblicoprivato, atto a valorizzare la tutela e la più proficua utilizzazione del demanio marittimo, tenendo conto delle singole specificità e caratteristiche territoriali secondo criteri di sostenibilità ambientale», fondato su di un sistema di *rating* degli operatori economici, oltreché di una revisione di tutte le norme statali ad oggi vigenti, anche in relazione ai profili inerenti alle modalità di rilascio dei provvedimenti concessori e dei canoni demaniali; al contrario, il decreto di cui al comma 680 si esaurisce soltanto nella determinazione dei «principi e dei criteri tecnici» ai fini dell'assegnazione delle procedure di concessione.

Questo, unitamente al carattere integrato della gestione demaniale, si traduce anche in una diversa platea di attori pubblici coinvolti, dato che sul versante soggettivo il decreto *ex* comma 675 è adottato dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e da quello delle politiche agricole, forestali e del turismo, di concerto con quello dell'economia, «sentiti» sia i Dicasteri dello sviluppo economico, quello per gli affari europei, quello dell'ambiente e quello per gli affari regionali, sia la Conferenza delle Regioni e delle province autonome, mentre quello di cui al comma 680 vede interagire un numero minore di amministrazioni,

essendo proposto “solo” dal Ministero dello sviluppo, di concerto con quello delle politiche agricole, quello delle infrastrutture e dei trasporti, quello dell’economia e delle finanze e quello dell’ambiente.

Sempre a proposito delle analogie e delle differenze, si osserva come il decreto *ex* articolo 1, comma 675 troverà applicazione per le concessioni in scadenza nel futuro, vista anche la contestuale presenza della proroga *ex lege* già rammentata dei rapporti concessori in essere, mentre quello di cui al comma 680 potrebbe dispiegare, una volta adottato, i propri effetti anche in relazione alle «aree concedibili ma prive di concessioni in essere» attuali.

In conclusione, sembra corretto ravvisare un rapporto di coordinamento reciproco tra i due decreti, in cui quello *ex* comma 675 risulta logicamente presupposto rispetto a quello del comma 680, che lo integra e lo completa fornendo i principi e i criteri tecnici per le assegnazioni; d'altronde, milita a favore di questa ricostruzione anche il diverso orizzonte temporale stabilito per atti: il decreto *ex* comma 675 doveva essere approvato entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della legge n. 145 del 2018, mentre quello di cui al comma 680 entro due anni dall’approvazione del primo, dopo apposita consultazione pubblica. Peraltro, i contenuti dei due decreti comprovano l’autonomia della procedura di assegnazione delle concessioni demaniali marittime rispetto a quelle di evidenza pubblica prescritte dalle direttive europee n. 23, 24 e 25 del 2014 e trasposte nel Codice dei Contratti Pubblici del 2016, esito a cui si era già pervenuti in dottrina e in giurisprudenza successivamente alla pronuncia «Promoimpresa, Melis ed altri» in ragione del carattere di specialità rivestito dal Codice della Navigazione in materia (in tal senso, vedesi Consiglio di Stato, V Sezione, sentenza n. 688 del 2017 e 7837 del 2020).

#### 4. *Spunti interlocutori. Conclusioni*

Sulla base delle coordinate ricostruttive suesprese, si possono formulare alcuni spunti su come attuare l’archetipo procedimentale poc’anzi analizzato e, a tal proposito, si ritiene che l’obiettivo principe da perseguire non possa che essere quel-

lo di, sfruttando strumentalmente l'occasione, risolvere definitivamente le antinomie nel settore, da un lato ricomponendo la lunga *querelle* fra il diritto interno e quello sovranazionale, dall'altro chiarendo meglio i rapporti fra Stato ed entità sub-statali.

Per raggiungere questo scopo, i decreti *ex lege* n. 145 del 2018 dovrebbero necessariamente apprestare un modulo procedurale di assegnazione sottoposto ad adeguate forme di pubblicità e uniforme per tutto il territorio nazionale, con uno spazio di intervento riservato alle autonomie sub-statali in ordine alla delimitazione, sulla base della morfologia della costa interessata, dell'oggetto di ciascun bando, auspicabilmente da frazionare in lotti al fine di favorire la partecipazione delle piccole imprese balneari, patrimonio storico italiano.

In più, in coerenza con il decreto di cui all'articolo 1, comma 680, i principi e criteri tecnici per le assegnazioni non dovrebbero essere orientati a premiare il prezzo più basso, ma piuttosto a mettere in risalto le domande di partecipazione più innovative ed ecologicamente sostenibili, sulla scia di quanto avviene nella contrattualistica pubblica, dove l'aggiudicazione per mezzo dell'offerta economicamente più vantaggiosa è non solo preferita per il suo impatto positivo in termini di prestazione qualitativamente migliore per la comunità [Cianflone, Giovannini, Lopilato, 2018, pp. 1430 ss.], ma anche sottolineata in modo crescente dal Legislatore, come testimonia il recente intervento nel Piano nazionale di Ripresa e Resilienza del 2021 con cui si annuncia l'introduzione di profili di apprezzamento delle proposte di gara basati sulle loro ricadute positive in termini di occupazione femminile e giovanile.

Sempre in sede di valutazione dell'offerta potrebbe essere lasciato un margine ulteriore agli enti territoriali sub-statali, accordando la facoltà alle Regioni di integrare con propria normativa le griglie di punteggio con voci specifiche legate alla valorizzazione del turismo sul territorio da parte delle istanze dei partecipanti, attribuite poi nel procedimento di assegnazione dai Comuni, in pieno raccordo con il principio di prossimità nell'esercizio delle funzioni amministrative sancito dall'articolo 118, comma 1 della Costituzione.



Per di più, da altro versante, l'impianto sarebbe idoneo ad assolvere anche all'esigenza di compensare il gestore uscente per gli investimenti disposti durante tutto il rapporto concessorio, soprattutto nella fase di avviamento, tanto più che sembra, oramai, rigettata dalla giurisprudenza la possibilità, pure sostenuta in dottrina, di riscontrare una proprietà superficiaria sui manufatti costruiti al di sopra del demanio durante la concessione [Profeta 2021, pp. 14 ss.; Conticelli 2020, pp. 1082-1083; Righi, Nesi, 2014, pp. 16 ss.; Balocco 2011, pp. 449-450]. Questo potrebbe accadere mediante la previsione di un indennizzo, parametrato sull'importo totale degli investimenti e sulla durata complessiva della concessione scaduta, dato che le operazioni economiche di questo genere sono progressivamente ammortizzabili nel corso del tempo, piuttosto ampio, vista la peculiare conformazione del settore.

In questo modo, la procedimentalizzazione presenterebbe connotato del tutto compatibile con il sistema europeo, nella misura in cui i principi concorrenziali sovranazionali prescritti dai Trattati, dalla direttiva *Bolkestein* n. 123 del 2006 e, comunque, ribaditi nella ricezione delle direttive 23, 24 e 25 del 2014 dal Codice dei Contratti Pubblici all'articolo 4 anche per i c.d. contratti esclusi, ovvero quelli non assoggettati alla disciplina integrale del D. Lgs. n. 50 del 2016 quali le concessioni demaniali marittime, non sarebbero neutralizzati, bensì bilanciati in relazione al caso concreto; inoltre, la perimetrazione esatta dell'ambito di operatività delle entità sub-statali eliminerebbe in origine qualsiasi altro rischio di sovrapposizione disfunzionale orizzontale tra attori pubblici nazionali differenti.

Di colpo, il risultato conseguito sarebbe quello di un nuovo equilibrio tra inconciliabili posizioni di merito, con il riassorbimento del conflitto lungo il neutrale terreno metodologico del procedimento amministrativo.

La conferma di un vecchio luogo comune secondo cui, talvolta, per avere un'altra visuale basti solo cambiare prospettiva.

### *Bibliografia essenziale*

C. Adesso, R. D'Alessandro, *Il litorale italiano ed il mercato europeo: la sentenza della Corte di Giustizia, Sezione Quinta, 14 luglio 2016, in*

- cause riunite c-458/14 e c-67/15*, <<https://www.ildirittoamministrativo.it/Il-litorale-italiano-ed-il-mercato-europeo-la-sentenza-della-Corte-di-Giustizia-Sezione-Quinta-14-luglio-2016-in-cause-riunite-c-458-14-e-c-67-15-/stu64>>, luglio 2021;
- F. Armentante, *La non disciplina delle concessioni demaniali: dall'abrogazione dell'innaturale diritto di insistenza alle plurime e asistematiche proroghe anticomunitarie*, «Rivista Giuridica dell'Edilizia», 4, 2020, pp. 261 ss.;
- G. Balocco, *La concessione demaniale marittima tra diritto interno e principi comunitari*, «Giurisprudenza Italiana», 2011, pp. 444 ss.;
- M. Bolcina, *La regolazione statale in materia di concessione di spiaggia. Dall'unità del Codice della navigazione alla frammentazione del quadro regolatorio*, in M. De Benedetto (a cura di), *Spiagge in cerca di regole*, Bologna, Il Mulino, 2011, pp. 23-42;
- E. Boscolo, *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime*, «Urbanistica e appalti», 11, 2016, pp. 1211 ss.;
- A. Cianflone, G. Giovannini, V. Lopilato, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2018;
- M. Clarich, *Manuale di diritto Amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2019, pp. 233 ss.;
- M. Conticelli, *Il regime del demanio marittimo in concessione per finalità turistico-ricreative*, «Rivista trimestrale di Diritto Pubblico», 4, 2020, pp. 1069 ss.;
- M. D'Orsogna, *Le concessioni demaniali marittime nel prisma della concorrenza: un nodo ancora irrisolto*, «Urbanistica e appalti», 5, 2011, pp. 599 ss.;
- G. Fonderico, M. Clarich (a cura di), *Procedimento amministrativo*, Milano, Wolters Kluwer, 2015;
- M.S. Giannini, *I beni pubblici*, Roma, Bulzoni editore, 1963, pp. 58 ss.;
- F. Gualtieri, *La regolazione regionale e locale, tra pianificazione e gestione*, in M. De Benedetto (a cura di), *Spiagge in cerca di regole*, Bologna, Il Mulino 2011, pp. 71-87;
- G. Lami, *Le attività turistico ricreative sul demanio marittimo: le conseguenze per l'utilizzo del bene pubblico in relazione al trasferimento di funzioni ed i suoi riflessi sulle attività imprenditoriali*, in G. Lami (a cura di), *Le concessioni demaniali marittime tra passato presente e futuro*, Padova, Exeo, 2010, pp. 7-43;
- A. Lefebvre D'Ovidio, G. Pescatore, L. Tullio, *Manuale di diritto della navigazione*, Milano, Giuffrè, 2019;
- S. Licciardello, *Demanio marittimo e autonomie territoriali*, in A. Police (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione: atti del convegno di studi Ville Tuscolane, 16-18 novembre 2006*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 266-297;

- M. Magri, «*Direttiva Bolkestein*» e *legittimo affidamento dell'impresa turistico balneare: verso una importante decisione della Corte di Giustizia U.E.*, «*Rivista Giuridica dell'Edilizia*», 4, 2016, pp. 359 ss.;
- A. Monica, *Le concessioni demaniali marittime in fuga dalla concorrenza*, «*Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*», 2, 2013, pp. 437 ss.;
- G. Profeta, *L'ambiguità organica dell'ordinamento italiano riguardo alle concessioni demaniali marittime*, <<https://www.ildirittoamministrativo.it/ambiguit%C3%A0-organica-ordinamento-italiano-riguardo-alle-concessioni-demaniali-marittime-Giulio-Profeta/gamm765>>, «*Il Diritto Amministrativo*», luglio 2021;
- R. Righi, E. Nesi, «*Riflessioni sull'applicazione della Direttiva servizi alle concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico-ricreative*», <<http://www.studiolegalepn.it/demanio-direttiva-servizi-n-1232006-c-d-bolkestein/>>, luglio 2021;
- R. Trudu, *La nuova "proroga" delle concessioni demaniali marittime deve essere disapplicata*, «*Azienditalia*», 6, 2019, pp. 889 ss.



Fulvio Costantino

Coste e Regione Lazio

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La risposta delle istituzioni – 3. Le innovazioni delle riforme – 4. Conclusioni. La palla avvelenata

### 1. *Introduzione*

La situazione che ha riguardato il litorale laziale, in particolare romano, è oggetto di attenzione anche da parte dell'opinione pubblica da anni.

Lungo svariati chilometri di lungomare non è possibile la libera visuale del mare, perché i concessionari, titolari di stabilimenti balneari, hanno eretto siepi alte o strutture in muratura, e solo recentemente la situazione è migliorata (da ultimo, <<https://www.legambiente.it/wp-content/uploads/2021/07/Rapporto-Spiagge-2021.pdf>>).

Alla vicenda amministrativa si è affiancata e intrecciata anche una penalistica, legata in particolare alla illecita concessione di gestione di alcuni stabilimenti balneari [Morello 2021].

Il d. P. R. 27 agosto 2015, da ultimo, ha deliberato la nomina della commissione straordinaria per la provvisoria gestione del Municipio X di Roma Capitale, a seguito della rilevazione e di forme di ingerenza della criminalità organizzata, «che hanno esposto l'amministrazione a pressanti condizionamenti, compromettendo il buon andamento e l'imparzialità dell'attività municipale»; e della «permeabilità dell'ente ai condizionamenti esterni della criminalità organizzata, che ha arrecato grave pregiudizio per gli interessi della collettività e determinato la perdita di credibilità dell'istituzione locale».

## 2. *La risposta delle istituzioni*

Si è cercato di dare risposta alla complessità di questa situazione anche attraverso un intervento delle istituzioni regionali. Sono state adottate infatti la legge regionale n. 8 del 26 giugno 2015, *Disposizioni relative all'utilizzazione del demanio marittimo per finalità turistiche e ricreative. Modifiche alla legge regionale 6 agosto 2007, n. 13, concernente l'organizzazione del sistema turistico laziale, e successive modifiche*, il regolamento regionale n. 19 del 12 agosto 2016, *Disciplina delle diverse tipologie di utilizzazione delle aree demaniali marittime per finalità turistico-ricreative*, la determinazione G04889 del 18 aprile 2019, che istituisce l'*Albo delle Concessioni Demaniali marittime per finalità turistico ricreative*. È stato inoltre pubblicato il 10 giugno 2021 il Piano Regionale di Utilizzazione delle Aree del Demanio Marittimo (P.U.A.R.) *per garantire l'utilizzazione programmata e razionale delle aree del demanio marittimo per finalità turistiche e ricreative*, il quale rende effettive le norme del regolamento.

Alla luce del Piano i Comuni litoranei sono obbligati, entro 180 giorni, ad adeguare il proprio Piano di utilizzazione dell'arenile o, ove necessario, ad approvarne uno nuovo secondo le modalità indicate dal PUAR e, qualora ciò non dovesse avvenire, saranno esercitabili i poteri sostitutivi regionali previsti dalla legge (art. 7). Sono state inoltre pubblicate sul sito istituzionale le informazioni relative alle concessioni (<http://dati.lazio.it/catalog/it/dataset/albo-regionale-delle-concessioni-demaniali-marittime-per-finalita-turistico-ricreative>).

In questo quadro, la Regione Lazio risulta essere l'unica regione che, con delibere, ha trasferito ai comuni risorse per il demanio marittimo: per spiagge libere (passerelle, distanziamenti, ombrelloni), con l'idea di permettere a questi ultimi di garantire la sicurezza senza essere costretti a rilasciare concessioni per adempiere ai propri obblighi. Tale azione si è rivelata necessaria anche perché, come noto, la norma nazionale aveva sospeso il rilascio di nuove concessioni (art. 182 comma 2 del decreto "rilancio", D.L. 19 maggio 2020, n. 34).

### 3. *Le innovazioni delle riforme*

La legge regionale n. 8 del 26 giugno 2015 ha del resto fissato degli importanti principi: semplificazione delle diverse definizioni di utilizzazione del demanio marittimo (art. 3); diversificazione dell'offerta turistico-ricreativa sulle spiagge, prevedendo che ogni Comune debba riservare a "pubblica fruizione" (spiaggia libera o spiaggia libera con servizi) una quota almeno pari al 50% dell'arenile di propria competenza (art. 7); regolamentazione delle concessioni attraverso l'eliminazione della possibilità di "rinnovo automatico" delle concessioni demaniali marittime, proprio in quanto ritenuto in contrasto con la Direttiva *Bolkestein* (2006/123/CE), esplicitazione del principio per cui ogni concessione deve essere assegnata con procedura di evidenza pubblica (art. 53-*bis*); obbligo per i Comuni di pubblicare sui propri siti istituzionali le informazioni identificative relative alle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative del proprio territorio (art. 53-*bis*). Risulta evidente la volontà di garantire la concorrenza e di consentire la pubblica fruizione.

Riguardo a molti profili la legge è stata poi superata da interventi normativi successivi: si pensi alle norme sulla trasparenza, aggiornate nel 2016 (d. lgs. 33 del 14 marzo 2013 e successive modifiche) o alla proroga automatica stabilita dall'art. 1, comma 682, l. 145 del 30 dicembre 2018. Risulta poi certamente interessante in particolare il limite del 50% del litorale da riservare a spiaggia libera o libera con servizi: diversi comuni hanno così visto preclusa la possibilità di affidare nuove concessioni, in quanto non raggiungevano la soglia.

Il regolamento n. 19/2016 ha poi assunto il ruolo di strumento di indirizzo e programmazione delle politiche del litorale: esso ha precisato le disposizioni della legge che prevedono che i comuni sono tenuti a rientrare nel limite del 50% (o della soglia inferiore da essi stabilita) alla scadenza delle concessioni in essere e non possono rilasciare o rinnovare le concessioni (nel regolamento art. 14 ss.); così come contiene istruzioni operative per assicurare quell'equilibrata presenza di spiagge libere e spiagge libere con servizi stabilita dall'art. 7 della legge (nel

regolamento, si v. il capo II), in particolare, attraverso l'introduzione della tipologia della spiaggia libera con servizi (art. 5) che, pur garantendo la libera fruibilità agli utenti, prevede la presenza di servizi minimi ai cittadini (servizi igienici, primo soccorso, punto ristoro, noleggio di attrezzatura).

Sono state garantite l'accessibilità all'arenile lungo tutta la costa (art. 13, il cd. lungo muro), la libera visuale (art. 12), l'ampliamento della gamma di servizi erogabili sulle spiagge (art. 4), la destagionalizzazione delle attività (art. 18, e i Comuni possono autorizzare l'utilizzo delle strutture di facile rimozione durante l'arco di tutto l'anno). Sono stabilite inoltre in modo ampio le tipologie di attività accessorie consentite (somministrazione di cibo, intrattenimento musicale e danzante; attività ludiche; attività finalizzate al benessere; scuola di attività nautiche e attività sportive di tipo non agonistico; ecc., sempre art. 4). Se così da un lato il concessionario può offrire più servizi, dall'altro lato aumentano le garanzie per i cittadini.

La durata delle concessioni, ex art. 15, può inoltre, ragionevolmente, essere correlata all'entità degli investimenti da parte del concessionario (valorizzazione ambientale, potenziamento dell'accesso e della fruizione degli arenili, condizioni di sicurezza, risparmio idrico ed energetico, inclusa la partecipazione a programmi di difesa della costa, ovvero di realizzazione di parcheggi, aree di pubblica fruizione, opere di manutenzione straordinaria del lungomare) e, anche in questo caso, appare evidente l'intento di responsabilizzare il concessionario e di incentivarlo a collaborare per la cura degli interessi pubblici.

Per garantire la trasparenza, si prevede l'obbligo per i Comuni di pubblicare sul proprio sito istituzionale entro il mese di febbraio di ogni anno i dati relativi alle concessioni e l'obbligo per la Direzione regionale di pubblicare tutte le norme (art. 14).

Alla luce delle norme, il Piano di Utilizzazione del demanio marittimo per finalità turistiche e ricreative per la Regione Lazio ha assunto un ruolo ricognitivo, per la successiva pianificazione locale e il PUAR è stato assoggettato alla procedura di Valutazione Ambientale Strategica (ex art. 7 della legge).



#### 4. Conclusioni. La palla avvelenata

In questo quadro, vanno segnalati due profili particolarmente delicati.

Il primo attiene all'intervento dell'AGCM. Il comune di Latina è stato infatti destinatario del parere AS1714 del 1 dicembre 2020, secondo il quale, per l'autorità indipendente, l'amministrazione comunale avrebbe dovuto disapplicare i commi 682 e 683 dell'art. 1 della legge n. 145/2018 (che prevede l'estensione delle concessioni per 15 anni, fino al 2033), per contrarietà della stessa ai principi e alla disciplina eurounitaria. Nello stesso senso, per attenersi ai comuni laziali, successivamente l'AGCM ha deciso di impugnare innanzi al TAR il provvedimento comunale di Nettuno di proroga al 2033, (AS1752 del 23 febbraio 2021) e di intimare al comune di Terracina (AS1741 del 13 aprile 2021) di modificare il proprio provvedimento di proroga.

Il secondo: il comune di Roma, è stato, a quanto consta, l'unico in Italia in questo periodo ad avere pubblicato un bando per il rilascio di concessioni (<https://www.comune.roma.it/web/it/bando-concorso.page?contentId=BEC699997>): ciò relativamente a 37 stabilimenti di Ostia, nonostante l'estensione delle stesse *ope legis* al 2033, senza annuncio pubblico o preavviso. Esso ha infatti ritenuto i titoli concessori vigenti in scadenza il 31 dicembre, al contrario di altri comuni (per tutti, Lecce e Sestri Levante), che si sono rifiutati di applicare il prolungamento al 2033, ma hanno proposto delle "proroghe tecniche" di uno o tre anni. Il Comune di Roma ha peraltro proposto l'affidamento delle concessioni per una sola stagione, dal 1° maggio al 30 settembre 2021, e gli interessati hanno potuto partecipare alla gara per uno soltanto dei 37 stabilimenti. L'avviso non ha peraltro previsto eventuali indennizzi per i concessionari uscenti, e i criteri per la selezione non sono stati stabiliti su base economica bensì sulla qualità dei progetti presentati.

Il Comune di Roma ha previsto però successivamente, in favore degli attuali concessionari, una proroga tecnica, per il periodo necessario alla chiusura della gara e comunque non oltre il 31 dicembre 2021: sono state aperte le buste contenenti le offerte, è stato approvato il provvedimento di ammissione/esclu-

sione, è stata nominata la commissione giudicatrice, si è provveduto all'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche (15 luglio), e si è attualmente in attesa della decisione. Il TAR, al quale si è rivolto uno dei concessionari, non ha però ritenuto di dovere adottare provvedimenti cautelari e ha disposto il rinvio dell'udienza al 22 settembre, in quanto la questione richiede un approfondimento non compatibile con la delibazione sommaria che caratterizza la presente fase cautelare (ord. sez. II n. 870 del 12 febbraio 2021).

Da ultimo, il 28 ottobre il Comune di Roma ha sospeso in autotutela i bandi, e perciò deciso di non dare seguito alla graduatoria pubblicata il 21 ottobre, alla luce della pronuncia della plenaria del Consiglio di Stato del 20 ottobre, n. 17.

Da queste due vicende si può constatare come la specificità regionale rimanga profondamente intrecciata con la vicenda nazionale.

A livello di regole, come si è osservato, la Regione e il Comune hanno cercato, almeno formalmente, di adeguarsi ai principi di concorrenza, trasparenza, fruizione libera e collettiva degli arenili.

Più maliziosamente, si può però osservare che in realtà il legislatore italiano ha assunto sulle proprie spalle il gravoso onere ricadente sulle istituzioni territoriali (si pensi al rinnovo delle concessioni), consentendo a molte di loro di ritenersi deresponsabilizzate, rispetto all'assunzione di decisioni più impegnative.

### *Bibliografia essenziale*

- F. Costantino, *Demanio marittimo e illegalità: il caso del Lazio*, 4 novembre 2017, <<https://www.apertacontrada.it/2017/11/04/demanio-marittimo-e-illegalita-il-caso-del-lazio>>;
- G. Morello, *Il clan Spada è associazione mafiosa: una nuova applicazione dell'art. 416-bis c.p. per le mafie non tradizionali*, Giurisprudenza penale Web, 6, 2021, <<https://www.giurisprudenzapenale.com/2021/06/22/il-clan-spada-e-associazione-mafiosa-una-nuova-applicazione-dellart-416-bis-c-p-per-le-mafie-non-tradizionali>>.

Giuliano Vosa

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

Nel dibattito scientifico e politico-istituzionale italiano, l'ordinamento spagnolo è non di rado preso a riferimento da coloro i quali hanno interesse a perorare la causa dell'applicazione di una proroga generalizzata, tendenzialmente *sine die*, alle concessioni balneari turistiche in essere al momento della scadenza del termine di trasposizione della Direttiva Servizi. Nondimeno, *de jure condito*, tale accostamento rischia di essere fuorviante sotto il profilo giuridico [De Benedetto, Di Lascio 2014, pp. 163-175] e finanche pretestuoso sotto quello politico-istituzionale; e ciò per almeno tre ordini di ragioni.

La prima, di carattere storico-costituzionale, necessita di un previo approfondimento, giacché la disciplina spagnola della proprietà pubblica – in specie, per quel che attiene ai tratti litoranei – affonda le proprie radici in un contesto storico e politico molto diverso da quello italiano [Medina Alcoz 2021, pp. 229 ss].

La regolazione del demanio marittimo in Spagna, difatti, si intreccia con l'evoluzione storica della tutela dei diritti reali di garanzia in un ordinamento territorialmente assai esteso e notevolmente eterogeneo sotto l'aspetto socio-economico come quello della Penisola iberica nell'età moderna. Lo sforzo dei sovrani spagnoli nel promuovere istituti capaci di uniformare la disciplina delle garanzie reali trova riscontro a partire dal 1534, quando Carlo V, facendo seguito a un'istanza delle *Cortes Generales*, emanò una *Pragmática Sanción* in tal senso [Esteves de Santamaría 2005, pp. 229 ss.; cfr. Cerdeña Ruiz 2003, pp. 415 ss]. Negli anni successivi, la tutela delle garanzie reali nel quadro di

una riforma strutturale della proprietà privata, minacciata da saltuari processi di *desamortización* (confisca di proprietà fondiarie appartenenti a ordini religiosi, a comunità municipali o a latifondisti locali: Tomás y Valiente 1978, pp. 11 ss.) si è fatta via via più urgente, occupando i primissimi posti dell'agenda politica dei sovrani spagnoli [Infante Miguel-Motta, Torijano Pérez 2012, pp. 211 ss.]. In tale contesto, infatti, all'obiettivo di uniformare il diritto applicabile e porlo sotto il controllo del potere centrale si sommava la necessità di stabilizzare la tutela del credito coperto da ipoteca – così permettendo il transito da un'economia prevalentemente rurale, basata sulla proprietà terriera, ad un'economia mercantile fondata sul dinamismo dei traffici [Tomás y Valiente 2009, pp. 401 ss.]. Di qui la centralità di tale istituto nel quadro dei diritti dominicali [Diez Picaso, 1973, pp. 3 ss.]: nel 1861 la *Ley Hipotecaria* istituisce il *Real Registro de la Propiedad*, che unificando a livello nazionale discipline locali assai eterogenee fa salvi i diritti acquisiti in base a valida trascrizione [Fernández Sarasola 2005, pp. 73 ss.]. La *Ley de Aguas*, che individua il demanio costiero quale oggetto di *dominio público* appannaggio dell'autorità amministrativa, è promulgata nel 1866 [Gallego Anabitarte 2006, pp. 45 ss.]. Si crea quindi un conflitto fra titoli dominicali privati e pretesa demaniale pubblica; quest'ultima però si trova di fatto in posizione svantaggiosa rispetto ai primi, proprio in virtù della sostanziale inattuabilità della trascrizione nei registri ipotecari, che cristallizzava le situazioni giuridiche così come sedimentatesi nei tre secoli precedenti [Fornesa Ribó 1965, pp. 123 ss.]. Sicché, l'autorità pubblica che avesse voluto rivendicare l'appartenenza al demanio di un certo tratto litoraneo su cui insi-stevano diritti privati regolarmente iscritti nel *Registro* avrebbe dovuto dare prova del vizio del titolo trascritto, ovvero dimostrare la malafede del terzo avente causa a titolo oneroso [García-Trevijano Fos 1959, pp. 11 ss.]. L'incertezza creata da questa situazione determinava notevoli asimmetrie nel trattamento dei diritti dominicali su beni demaniali [Gil Cortiella, 1991, pp. 1185 ss.]; ora tollerati dall'autorità pubblica, ora invece oggetto di vicende assai controverse, talora culminanti in espropri anche arbitrari [de Fuentes Sanchiz 1962, pp. 133 ss.] perfino in

carezza del *previo pago del justiprecio* [García de Enterría 2001, pp. 251 ss.]. A tale incertezza, che si prolunga per oltre un secolo, si studia di porre fine la Costituzione del 6 dicembre 1978, che ridisciplina la proprietà privata cercando di tenere assieme la tutela dei diritti dei privati e la salvaguardia della *utilidad social* nel quadro del perseguimento di interessi pubblici [Leguina Villa 1994, pp. 9 ss.]. Sulla base di tale rinnovata concezione dell'istituto dominicale, la *Ley de Costas* 22/1988 [28 luglio: García de Enterría 1996, pp. 131 ss.] sancisce in via generale la natura demaniale dei tratti litoranei e la conversione dei titoli di proprietà su di essi in altrettanti titoli concessori gratuiti in capo agli *ex* proprietari [Noguera de la Muela 1995, pp. 9 ss.]. La durata di tali concessioni – inizialmente prevista in 30 + 30 anni – è stata poi di nuovo modificata dalla riforma della *Ley de Costas* del 2013 [29 maggio: Carlón Ruiz 2015, pp. 177 ss.] e fissata dal Regolamento esecutivo di quest'ultima in un limite massimo variabile a seconda della destinazione d'uso richiesta [Desdentado Daroca 2014, pp. 45 ss.] – e, comunque, in nessun caso eccedente i 75 anni (cfr. KPMG - *Comunicado* 2015, pp. 1-4).

Sicché, in ultima analisi, la proroga della concessione nell'ordinamento spagnolo deriva da una vicenda ben diversa da quella italiana: una storia inestricabilmente legata alla ricerca di una stabilità politica e giuridica per il nuovo *Estado constitucional* [González Hernández 2006, pp. 299 ss.] nel cui percorso la tutela della proprietà privata nei suoi rapporti col demanio pubblico [Parejo Alfonso 1983, pp. 2379 ss.] funge, nell'equilibrio tracciato dalla Costituzione del 1978, da supporto per un regime di proroga non privo, a questo punto, di ragioni giustificative [Medina Alcoz 2016, pp. 256 ss.].

Emergono allora i due ulteriori punti di sostanziale discordanza tra Italia e Spagna quanto alla legittimità di una proroga dei titoli concessori in essere. In primo luogo, proprio in quanto tutta interna al regime di tutela della proprietà [Utrilla Fernández-Bermejo 2012, pp. 6 ss.; Sarrión Esteve 2017, pp. 945 ss.] la vicenda delle concessioni litoranee spagnole in quanto tale è di competenza del diritto interno: l'art. 345 TFUE, sottraendo esplicitamente tale regime alla normativa dell'Unione, conferisce a questa tesi un argomento testuale difficilmente superabile.

In secondo luogo, non è vero che l'ordinamento spagnolo stabilisca un regime di proroga indiscriminata per ogni e ciascuna concessione litoranea, indiscriminatamente e in astratto; anzi, è vero esattamente il contrario, poiché è la stessa giurisprudenza costituzionale (*Tribunal Constitucional*, sent. 149/1991) che nel quadro della tutela costituzionale del diritto di proprietà [García de Enterría Martínez-Carande 1996, pp. 134 ss.; Utrilla Fernández-Bermejo 2015, pp. 133 ss.] rimette alle amministrazioni competenti la determinazione delle condizioni e della durata di ciascuna concessione [Menéndez Rexach 2014, pp. 13 ss.] tenendo conto da un lato dell'insistenza dei diritti dominicali pregressi [de Marcos Fernández 2010, pp. 1013 ss.] dall'altro delle esigenze di trasparenza e di tutela del pubblico interesse [Chinchilla Peinado 2009, pp. 11 ss.] con special riguardo alla protezione dell'ambiente e, in generale, alla salubrità delle coste – oggetto, nei decenni passati, di uno sfruttamento intensivo quanto sregolato [Rossels Recasens 1999, pp. 639 ss.].

Di qui la riflessione che vorrebbe di seguito proporsi, e cioè che il diritto spagnolo offre un interessante parametro di riferimento *de jure condendo*. Infatti, il modello normativo approntato in talune *Comunidades Autónomas*, nel quadro delle competenze loro attribuite [González García, Zambonino Pulito 2010, pp. 101 ss.] per operare il difficile contemperamento dei diritti e interessi sopra menzionati parrebbe costituire un riferimento plausibile per l'intervento normativo in materia – imminente, e non più rinviabile – da parte del legislatore italiano.

Si prenda, a mo' di esempio, la disciplina istituita dalla *Ley 8/2020* (20 luglio) della *Comunidad Autónoma de Cataluña*.

A voce dell'art. 6 «[e]l *Plan de protección y ordenación del litoral es el instrumento básico de ordenación y gestión integrada del ámbito terrestre y marino del litoral catalán*». I suoi elementi costitutivi sono (art. 7): un'analisi dello stato del litorale, della conformazione delle coste, dei pericoli connessi al cambiamento climatico e all'accesso; la delimitazione delle distinte zone del litorale ai fini della *Ley de Costas* (*deslinde*, servitù di protezione o transito, zone di influenza) ed i criteri per il trattamento delle domande di autorizzazione dei servizi stagionali in spiaggia, nonché delle domande di concessione, proroga, rinnovo

vo, modifica ed estinzione delle stesse; infine, l'indicazione delle priorità di investimento pubblico e pubblico-privato nell'ambito territoriale di riferimento con riguardo alle aree litoranee.

Già nella fase costitutiva del *Plan*, ex art. 28 della *Ley* catalana, può agire il *Consejo Rector*, organo formato da componenti delle amministrazioni pubbliche che concorrono alla stesura del *Plan*, nonché da membri di associazioni di categoria rappresentative di interessi economici e sociali inerenti al territorio su cui il *Plan* insiste. Nel suo seno – le regole sulla composizione dell'organo possono essere stabilite con regolamento da ciascun municipio o provincia della *Generalitat* – va ad ogni modo assicurata rappresentatività agli enti territoriali esponenziali e alle unioni di enti locali, nonché l'effettiva partecipazione di esperti delle discipline professionali «*directamente relacionadas con la ordenación y la gestión del litoral y de las playas*».

Obiettivo primario del *Consejo Rector* è garantire «*la participación, consulta, tutela de la gestión y evaluación del cumplimiento de objetivos*» del *Plan*. La sua azione è duplice, collocandosi tanto a monte, nella stesura del *Plan*, quanto a valle, nell'applicazione degli strumenti da esso istituiti e nella valutazione dei risultati ottenuti; sicché tale organo si potrebbe qualificare come collegio a carattere permanente, a composizione mista pubblico-privata, capace di elaborare norme concrete per la gestione del litorale ed impegnato a vegliare sulla loro corretta applicazione.

Un'ulteriore caratteristica del *Consejo Rector* è la capacità di raccogliere e ridurre a sintesi istanze ubicate a livelli diversi di governo del territorio. Il *Consejo Rector* compare infatti sia a livello dell'autorità competente per la stesura del *Plan*, sia a livello municipale, designato *ex lege* all'applicazione dello stesso; vige inoltre la regola generale per cui membri dei *Consejos Rectores* municipali sono ammessi a far parte del *Consejo Rector* situato al livello territoriale più alto.

È prevista inoltre, a contraltare, una *Comisión de Ordenación del Litoral*, con funzioni di «*carácter resolutivo, consultivo, informativo y, a petición de los ayuntamientos* [istituzioni comunali], *con funciones interpretativas*». Tale organo riunisce esponenti delle amministrazioni locali e «*personas con recono-*

*cido prestigio profesional y experiencia en materia ambiental, de lucha contra el cambio climático, de costas y de urbanismo»* (art. 32, par. 2). Tale *Comisión* funziona sia da tramite e veicolo di ulteriori posizioni sfuggite ai collegi decisorii, sia da istanza arbitrale per la soluzione in via interna di potenziali controversie – potendo contare sull’autorevolezza “tecnica” della parte maggioritaria dei suoi componenti.

Da questa breve introduzione si delinea una costellazione di organi collegiali capaci di giustapporre, su più fasi della decisione, l’apporto da parte delle amministrazioni competenti e quello dei privati eventualmente coinvolti o comunque interessati. In concreto, il *Plan* è redatto dall’amministrazione competente – regionale o provinciale, più raramente municipale; alla decisione prende parte il *Consejo Rector*, che agisce in stretta collaborazione con i *Consejos Rectores municipales*; un membro del *Consejo Rector*, e, se del caso, uno o più componenti dei *Consejos Rectores municipales* coinvolti, partecipa(n)o alla *Comisión de Ordenación del Litoral*, i cui orientamenti – oltre che offrire alle amministrazioni coinvolte un valido supporto argomentativo, ovvero un *input* a riconsiderare certi diritti e interessi eventualmente negletti – formano la base di un’ulteriore attività amministrativa, in vista del consolidamento di buone pratiche di gestione del litorale. Ulteriore vantaggio è la possibilità che il supporto argomentativo provvisto dalla *Comisión*, una volta consolidatesi in regole le regolarità nella gestione, costituisca un fertile *humus* per la giurisprudenza, assai utile allo scopo di cementare la stabilità e la certezza del diritto applicabile.

Si tratta certo di un modello normativo coraggioso, complesso e forse a tratti ridondante, dunque facilmente attaccabile in sede di ricorso sia amministrativo sia giurisdizionale. Si aggiunga infatti che, anche a seguito dell’emergenza pandemica, nonché dell’aspro conflitto politico che gira attorno alle ben note, spinose questioni dell’indipendentismo catalano, il Governo spagnolo (4 maggio 2021) ha impugnato gli articoli 20.1.b e 30.d della *Ley* citata, che autorizzano la *Generalitat* a delegare ai Comuni (*Ayuntamientos*) le competenze sulle attività ricreative in spiaggia – sportive, culturali e altre. Dal canto suo, il *Tribunal Constitucional* ha dichiarato ammissibile il ricorso (21 maggio 2021) e ha sospeso temporaneamente l’efficacia degli articoli



impugnati (24 maggio). Ciò malgrado, la portata e il tenore delle impugnazioni non appaiono tali da revocare in dubbio l'intero impianto su cui si costruisce il modello decisorio fin qua esaminato.

Tale modello, almeno sulla carta, non pare privo di vantaggi; senza pretesa di completezza, se ne elencano quattro.

Nel breve termine, l'adozione di un quadro procedimentale unitario in via di legislazione primaria statale permetterebbe a prim'acchito di ottemperare agli obblighi comunitari [Cossiri 2016, pp. 1-23] e quindi di "rabbonire" la Commissione, evitando le conseguenze di una procedura d'infrazione davvero assai rischiosa.

Nel medio-lungo termine, una tale struttura avrebbe l'effetto di restituire a ogni livello di governo una responsabilità in termini di *accountability* verso i cittadini [Girardi 2021, pp. 57 ss.] in vista di un'integrazione fra industria e ambiente in tal settore [Feliziani 2020, pp. 843 ss.] ravvivandosi le virtualità di democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa [Mone 2014, pp. 63 ss.] a livello sia centrale sia territoriale [Rodotà 2013, pp. 459 ss.] e nel rispetto del principio di sussidiarietà [Scaccia 2012, pp. 38 ss.].

La continua sinergia pubblico-privato, da un canto, e fra enti territoriali diversamente collocati, dall'altro, garantirebbe, ove adoperata con prudenza e profitto, unità di intenti politico-amministrativa e a un tempo assicurerebbe solidità agli argomenti in difesa delle decisioni così raggiunte; si offrirebbero, infatti, collegamenti costanti fra amministrazione e organi rappresentativi, capaci di affrontare tanto i problemi puntuali quanto quelli sistemici – come la frequente infiltrazione di capitali illeciti veicolati dalla criminalità organizzata, a Nord come al Centro e al Sud – rinvenendo, caso per caso, soluzioni giuridicamente solide, rafforzate dal necessario consenso politico.

Infine, l'approvazione di una legge tanto ampia e ambiziosa, supportata da un commisurato consenso politico, gioverebbe non poco allo Stato italiano in termini di credibilità politica e istituzionale; e ciò proprio nel momento in cui una più solida credibilità permetterebbe all'Italia di ottenere non pochi benefici sul piano negoziale europeo e sovranazionale.

### Bibliografia essenziale

- M. Carlón Ruiz, *La servidumbre de protección de costas. un estudio a la luz de la Ley 2/2013 y del nuevo Reglamento general de Costas*, «Revista de Administración Pública», 196, 2015, pp. 177-185;
- R. Cerdeña Ruiz, *La Contaduría de Hipotecas de Fuerteventura: referencias históricas e inventario de su fondo documental*, «Anuario del Archivo Histórico Insular de Fuerteventura», 16, 2003, pp. 415-485;
- J.A. Chinchilla Peinado, *El convenio expropiatorio. Teoría y práctica administrativa*, La Ley, Las Rozas - El Consultor de los Ayuntamientos, 2009;
- A. Cossiri, *La proroga delle concessioni demaniali marittime sotto la lente del giudice costituzionale e della Corte di giustizia dell'UE*, «Federalismi.it», 14, 2016, pp. 1-23;
- M. De Benedetto, F. Di Lascio, *La regulación de las concesiones demaniales en las playas: ¿un caso de “falsos amigos” jurídicos entre la normativa española e italiana?*, in J.L. Carro Fernández-Valmayor, J. Ferreira Fernández, A. Nogueira López (cur.), *La nueva regulación de costas. Actas del IX Congreso de la Asociación española de profesores de Derecho administrativo (Santiago de Compostela, 7-8 de febrero de 2014)*, Madrid, INAP, 2014, pp. 163-175;
- N. de Fuentes Sanchiz, *Problemas de expropiación forzosa*, in *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 13, 1962, pp. 133-166;
- A. de Marcos Fernández, *Las concesiones compensatorias de la Ley de costas. Una aproximación desde un planteamiento jurídico-constitucional y legal*, in E. Sánchez Goyanes (cur.), *El derecho de costas en España*, Madrid, Wolters Kluwer, 2010, pp. 1013-1086;
- E. Desdentado Daroca, *La reforma de la Ley de costas por la Ley 2/2013: ¿una solución adecuada al problema de los enclaves privados?*, «Revista de Administración Pública», 193, 2014, pp. 45-81;
- L. Diez Picaso, *Los principios de inspiración y los precedentes de las Leyes Hipotecarias españolas*, in J. Cerdá Gimeno (cur.), *Leyes Hipotecarias de España. Fuentes y evolución. Tomo I. (Leyes de 1861 y 1869)*, Madrid, Centro de Estudios Hipotecarios - Editorial Castalia, 1974, pp. 3-27;
- M.D.P. Esteves Santamaría, *Toledo en las Cortes de Carlos I: cuestiones de interés general para el Reino*, «Cuadernos de Historia del Derecho», 12, 2005, pp. 229-283;
- C. Feliziani, *Industria e ambiente. Il principio di integrazione dalla Rivoluzione industriale all'economia circolare*, «Diritto amministrativo», 4, 2020, pp. 843-875;
- I. Fernández Sarasola, *El derecho de propiedad en la historia constitucional española*, in J. Varela Suanzes-Carpegna (cur.), *Propiedad e historia del derecho*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2005, pp. 73-120;

- R. Fornesa Ribó, *Eficacia del título hipotecario sobre parcelas de zona marítimo-terrestre – especial referencia a los terrenos ganados al mar*, «Revista de administración pública», 46, 1965, pp. 123-148;
- A. Gallego Anabitarte, *Evolución del Derecho de Aguas en España. Del sistema ribereño basado en la propiedad del sistema ribereño territorial*, «Derecho de aguas», 2006, pp. 45-60;
- E. García de Enterría Martínez-Carande, *Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional: en particular, el caso de la Ley de costas*, «Revista de Administración Pública», 141, 1996, pp. 131-152;
- E. García de Enterría Martínez-Carande, *La ley de expropiación forzosa de 1954, medio siglo después*, «Revista de Administración Pública», 156, 2001, pp. 251-268;
- J.A. García-Trevijano Fos, *Titularidad y afectación demanial en el ordenamiento jurídico español*, «Revista de administración pública», 29, 1959, pp. 11-58;
- A. Gil Cortiella, *Ley de Costas versus Ley Hipotecaria*, «La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía», 1, 1991, pp. 1185-1204;
- M.C. Girardi, *La disciplina delle concessioni demaniali marittime. Il persistente contrasto tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in A. Lucarelli, B. de Maria, M.C. Girardi (cur.), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime. Principi costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, Napoli, ESI, 2021, pp. 29-52;
- J.V. González García, M. Zambonino Pulito, *El derecho de costas y la distribución constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas. Cuestiones recurrentes y controversias nuevas*, in E. Sánchez Goyanes (cur.), *El derecho de costas en España*, Madrid, Wolters Kluwer, 2010, pp. 101-194;
- E. González Hernández, *La «estabilidad constitucional» de la España constitucional*, in «Revista de Derecho Político», 67, 2006, pp. 299-311;
- I. Infante Miguel-Motta, E. Torijano Pérez, *Propiedad privada y expropiación forzosa: los entresijos de un binomio (1812-1931)*, in S. de Dios de Dios, I. Infante Miguel-Motta, I. Robledo Hernández, E. Torijano Pérez (cur.), *Historia de la propiedad. Crédito y garantía (V Encuentro Interdisciplinar. Salamanca, 31 de mayo - 2 de junio)*, Madrid, Colegio de Registradores de Madrid – Servicio de Estudios, 2012, pp. 867-896;
- J. Leguina Villa, *El régimen constitucional de la propiedad privada*, in «Derecho Privado y Constitución», 3, 1994, pp. 9-28;
- I. Medina Alcoz, *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo, una revisión*, Madrid, Marcial Pons, 2016;
- L. Medina Alcoz, *Historia del Derecho Administrativo (ii): Del Estado autoritario al Estado constitucional*, in J.M. Rodríguez De Santiago,

- G. Doménech Pascual, L. Arroyo Jiménez (cur.), *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2021, pp. 229-328;
- Á. Menéndez Rexach, *La nueva regulación de las costas: un giro hacia el dominio privado marítimo-terrestre*, in J.L. Carro Fernández-Valmayor, J. Ferreira Fernández, A. Nogueira López (cur.), *La nueva regulación de costas. Actas del IX Congreso de la Asociación española de profesores de Derecho administrativo (Santiago de Compostela, 7-8 de febrero de 2014)*, Madrid, INAP, 2014, pp. 13-56;
- D. Mone, *La categoria dei beni comuni nell'ordinamento giuridico italiano: un paradigma per la lettura del regime dei beni pubblici alla luce della Costituzione*, «Rassegna di diritto pubblico europeo», 13:2, 2014, pp. 63-126;
- B. Noguera de la Muela, *El derecho de propiedad y la nueva Ley de costas*, Barcelona, Editorial Universitat de Barcelona, 1995;
- L. Parejo Alfonso, *Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general*, «Revista de administración pública», 100-102, 1983, pp. 2379-2422;
- S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà e i beni comuni*, Bologna, Il Mulino, 2013;
- J.M. Rossels Recasens, *Turismo de litoral*, in H.M. Valdueza, C. Vogeler Ruiz, M.Á. González de Souza, F. Bayón Marín (cur.), *50 años del turismo español: un análisis histórico y estructural*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1999, pp. 639-651;
- J. Sarrión Esteve, *Una aproximación al derecho fundamental a la propiedad privada desde una perspectiva multinivel*, «Revista de derecho político, 100 (Ejemplar dedicado a: "Monográfico con motivo del XL aniversario de la Constitución Española (I)")», 2017, pp. 915-947;
- G. Scaccia, *Sussidiarietà istituzionale e poteri di unificazione normativa*, Napoli, ESI, 2012;
- M. Serna Vallejo, *Propiedad, crédito y garantía: una mirada desde el derecho, la economía y la historia*, in S. de Dios de Dios, I. Infante Miguel-Motta, I. Robledo Hernández, E. Torijano Pérez (cur.), *Historia de la propiedad. Crédito y garantía (V Encuentro Interdisciplinar. Salamanca, 31 de mayo - 2 de junio)*, Madrid, Colegio de Registradores de Madrid - Servicio de Estudios, 2007, pp. 867-896;
- F. Tomás y Valiente, *Historia del Derecho español*, IV ed., Madrid, Tecnos, 2009;
- F. Tomás y Valiente, *El proceso de desamortización de la tierra en España*, «Agricultura y sociedad», 7, 1978, pp. 11-33;
- M.D. Utrilla Fernández-Bermejo, *Las garantías del derecho de propiedad privada en Europa: Derecho de la Unión Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Civitas, 2012;
- M.D. Utrilla Fernández-Bermejo, *Expropiación forzosa y beneficiario privado: Una reconstrucción sistemática*, Madrid, Marcial Pons, 2015.

C - Stato e mercato



Riccardo D'Ercole

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

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito AGCM) riveste un ruolo di fondamentale importanza nell'attuazione delle regole a tutela della concorrenza, al punto da inserirla nei suoi principali compiti e attribuzioni.

È la legge n. 287/1990 che riserva tale competenza alla suddetta autorità, prescrivendo altresì la necessità di vietare e contrastare le operazioni e condotte restrittive della libertà di concorrenza.

In quest'ottica si inserisce l'art. 21-*bis* della menzionata legge che attribuisce all'AGCM la legittimazione ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato.

Non è questa la sede in cui soffermarsi nel dettaglio sulla natura della previsione di cui all'art. 21-*bis* [Goisis 2013 a cui si rinvia sul tema], ma allo stesso tempo un dato è evidente: l'AGCM può oggi intervenire con un parere motivato, entro sessanta giorni, su tutti gli atti amministrativi generali, i regolamenti e i provvedimenti di qualsiasi Amministrazione pubblica, statale, regionale o locale, ritenuti lesivi delle norme a tutela della concorrenza e del mercato. A fronte della mancata conformazione da parte dell'amministrazione entro i sessanta giorni successivi al parere dell'AGCM, quest'ultima ha facoltà di presentare ricorso giurisdizionale entro i successivi trenta giorni.

In definitiva, all'AGCM è attribuito un potere che, dapprima, si esterna in una fase a carattere consultivo e poi in una seconda,

eventuale, di impugnativa in sede giurisdizionale laddove l'amministrazione non dovesse conformarsi al parere stesso.

La questione della legittimazione ad agire da parte dell'AGCM *ex art. 21-bis* L. n. 287/1990 si interseca perfettamente con il tema delle concessioni demaniali marittime, le quali – in forza della legislazione nazionale attualmente vigente – sovente vengono rinnovate senza che sia esperita una procedura selettiva per l'individuazione del nuovo concessionario.

Questa prassi, oltre ad essere stata oggetto di ben due procedure di infrazione (una attualmente pendente), è stata già stigmatizzata da una storica sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 2016 (CGUE 14 luglio 2016, Promoimpresa, cause riunite C-458/14 e C-67/15) che ha ritenuto la legislazione nazionale in contrasto con l'art. 12, par. 1, della direttiva servizi e con l'art. 49 TFUE [Cossiri 2016].

Difatti, il rinnovo automatico delle concessioni in scadenza si pone in radicale contrasto con la libertà di stabilimento e, più in generale, con i principi di concorrenza e di parità di trattamento tra operatori economici, giacché impedisce di fatto l'accesso al mercato per alcuni di essi.

Questo contributo intende, pertanto, mettere in luce i riflessi che il sistema delle proroghe *ex lege* produce in ordine all'obiettivo di realizzare una concorrenza per il mercato, tenendo conto del ruolo svolto dall'AGCM a tutela della stessa.

Sia però consentito, prima di entrare nel vivo, ricostruire brevemente l'attuale disciplina normativa (nazionale ed europea) in materia di concessioni demaniali.

A livello europeo occorre dare conto della direttiva 2006/123/CE (c.d. direttiva *Bolkestein*) ed in particolare del suo articolo 12, paragrafo 1 e 2 il quale stabilisce che

1. Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento.
2. Nei casi di cui al paragrafo 1, l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rin-



novo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami.

A livello statale, invece, la normativa di recepimento della direttiva *Bolkestein* è costituita dal d. lgs. 26 marzo 2010 n. 59.

La reiterazione *ex lege* delle concessioni demaniali è, invece, iniziata con l'art. 1, comma 18, l. n. 194/2009 e, passando per l'art. 34-*duodecies* d.l. n. 179/2012, è giunta sino all'art. 1, comma 682, 683 e 684, l. n. 145/2018 che ha disposto un rinnovo automatico delle concessioni demaniali con scadenza alla data del 1° gennaio 2034.

Il quadro normativo nazionale si completa poi con alcune disposizioni adottate dal legislatore nel 2020: il riferimento è alla L. n. 77/2020, di conversione, del D.L. n. 34/2020, con cui è stata ribadita la volontà di fissare al predetto termine la data ultima di scadenza delle attuali concessioni interessate dalle precedenti proroghe.

Altresì, la Corte costituzionale ha, in alcuni casi, dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune normative regionali (ad esempio la L.R. Emilia-Romagna n. 8/2009 e L.R. Puglia 10 aprile 2015, n. 17) che valorizzavano l'automatica proroga delle concessioni senza ricorrere al meccanismo ad evidenza pubblica richiesto dalla stessa normativa eurounitaria.

Di palmare evidenza è l'inadeguatezza del quadro normativo nazionale che risulta essere radicalmente incoerente e slegato dai principi europei a tutela della concorrenza e del mercato.

Difatti, la concorrenza riveste da sempre un'importanza decisiva per la creazione e la conservazione del mercato unico. Non a caso, l'art. 3, par. 1, lett. b), TFUE concepisce le regole di concorrenza come «necessarie al funzionamento del mercato interno» e gli articoli 119 e 120 TFUE obbligano gli Stati membri ad agire nel rispetto dei principi di un'economia aperta e in libera concorrenza, favorendo un'efficace allocazione delle risorse.

La tutela della concorrenza viene quindi vista come l'*archè* del diritto europeo e così come ricordato da autorevole dottrina [D'Alberti 2004, p. 357] essa diviene «parametro di legittimità e di appropriatezza della legislazione e della regolazione economica. I legislatori statali e regionali sono vincolati dalle norme antitrust e dal principio di libera concorrenza che detta l'ordina-

mento comunitario. Tutti i regolatori sono incalzati dalle raccomandazioni proconcorrenziali dell'Autorità garante, supportate anche al livello internazionale».

In quest'ottica, la concorrenza si presenta in due diverse accezioni: «nella prima essa attiene alle regole di condotta che devono essere osservate dagli operatori economici e dalle autorità, nella seconda essa esprime un obiettivo che dovrebbe essere perseguito dagli Stati affinché il sistema economico sia improntato ai canoni dell'economia di mercato» [Trimarchi Banfi 2013, p. 48].

A ben vedere, tuttavia, un ruolo ancor più penetrante nella “battaglia” pro-concorrenza, lo riveste proprio l'AGCM definita organo a carattere para giurisdizionale ed in particolare «una magistratura della concorrenza» [Clarich 2015, p. 346].

A tali principi si è conformata la recente giurisprudenza amministrativa: di particolare interesse, in tal senso, è la sentenza TAR Toscana n. 363/2021 con cui l'AGCM ha esercitato il potere d'azione di cui al suddetto art. 21-*bis* chiedendo ed ottenendo l'annullamento della Determina Dirigenziale con cui il Comune di Piombino aveva prorogato le concessioni demaniali rinnovate proprio sulla base della L. 145/2018.

Su segnalazione di un cittadino, l'AGCM ha così invitato l'amministrazione comunale a disapplicare la normativa in commento in quanto contrastante con i principi comunitari a tutela della concorrenza.

Avendo trovato l'opposizione della stessa, ha poi presentato ricorso ex art. 21-*bis* volto all'annullamento del provvedimento impugnato.

Le ragioni giuridiche a sostegno della domanda si fondano sull'indirizzo valorizzato dalla sentenza Promoimpresa, sul rispetto della normativa nazionale e delle indicazioni comunitarie pro-concorrenziali. Si è così rilevato un disallineamento tra la normativa nazionale che dispone la proroga delle concessioni e quella eurounitaria, evidenziando la necessità per le Amministrazioni Pubbliche di disapplicare la normativa nazionale in modo da garantire che la selezione degli operatori economici interessati avvenga in ogni caso tutelando la concorrenza, rispettando i principi di libera circolazione dei servizi, par condicio, imparzialità, proporzionalità, non discriminazione e trasparenza.

Difatti, in capo alla P.A. grava l'obbligo di attivare procedure competitive qualora si debbano assegnare beni pubblici suscettibili di sfruttamento economico. Ciò in quanto la mancanza di tale procedura introduce una barriera all'ingresso al mercato, determinando una lesione alla parità di trattamento, al principio di non discriminazione ed alla trasparenza tra gli operatori economici, in violazione dei principi comunitari di concorrenza e di libertà di stabilimento (Cons. Stato, Ad. Plen., n. 5/2013).

È, a questo punto, necessaria una precisazione: diversamente da quanto accade per la concessione di servizi, per quella dei beni – in cui rientrano le concessioni demaniali – non si rinviene un paradigma organico. Ciò in quanto la normativa comunitaria non estende a tale tipologia di concessioni la disciplina prevista per le prime dalla direttiva 2014/23/UE. Ciononostante, l'applicazione delle norme pubblicistiche è resa necessaria dalla finalità dell'affidamento: la giurisprudenza, infatti, ha avallato l'interpretazione che impone l'esperimento della selezione pubblica nel rilascio delle concessioni demaniali, derivante dall'esigenza di applicare le norme conformemente ai principi comunitari.

La sentenza in commento richiama quella del Cons. Stato n. 394/2017 in cui si afferma che «la sottoposizione ai principi di evidenza trova il suo presupposto sufficiente nella circostanza che con la concessione di un'area demaniale marittima si fornisce un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai principi di trasparenza e non discriminazione».

Nelle righe della pronuncia si scorge anche l'ormai riconosciuta istituzionalizzazione del ruolo dell'AGCM, inteso come ente preposto alla salvaguardia della concorrenza. La sentenza pare far proprio l'insegnamento di quella parte della dottrina [Torchia 1994; Police 2007], che considera la tutela della concorrenza e del mercato alla stregua di un interesse pubblico primario affidato alla cura di una pubblica Amministrazione a ciò deputata: l'Autorità Antitrust, che, per questo, ne diviene «centro di imputazione, elaborazione e cura; indi, parte, pur imparziale, che agisce interessatamente a difesa del bene pubblico di sua pertinenza». Sicché, l'asserita neutralità dell'AGCM sarebbe piuttosto la massima espressione del principio di imparzialità.

tà cui, com'è noto, soggiace la P.A. al fine di garantire parità di trattamento nel perseguimento dell'interesse pubblico.

Tale impostazione pare essere quella preferibile e più attinente alla realtà al punto che è stata ribadita da una recente sentenza della Corte costituzionale del 31 gennaio 2019 n. 13, in cui si è affermato che l'AGCM «al pari di tutte le amministrazioni, è portatrice di un interesse pubblico specifico, che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato e quindi non è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale».

Pertanto, se la tutela della concorrenza individua un particolare interesse pubblico che viene affidato all'esclusiva cura dell'Antitrust, allora, non possono sussistere ragioni ostative alla possibilità di considerare la legittimazione ad agire ai sensi dell'art. 21-*bis* come strumento preordinato alla realizzazione, per via giurisdizionale, di quello specifico e particolare interesse pubblico. Difatti

sarebbe fuorviante ritenere, alla stregua del tenore letterale dell'art. 21-*bis* con riferimento all'impugnazione degli atti amministrativi “per violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato”, che la disposizione introduca un mero controllo di legalità sugli atti amministrativi; le norme a tutela della concorrenza presidiano un interesse pubblico, per realizzare il quale l'AGCM è legittimata ad agire in giudizio quando, con gli strumenti amministrativi, non si è conseguito il risultato affidato alla sua competenza [Pica 2019, p. 888].

In questo rapporto di accessorietà e funzionalità tra interesse da tutelare e strumenti di tutela, in questa relazione tra l'introduzione dell'art. 21-*bis* e il “bene della vita” legato alla concorrenza e il mercato, attenta dottrina [Clarich 2013, p. 10] ha ricordato che «l'art. 21-*bis* segna un ulteriore passo avanti nell'attribuzione all'interesse pubblico alla concorrenza di un rango sempre più elevato nella gerarchia degli interessi pubblici. La tutela della concorrenza [...] sembra aver acquisito nella legislazione più recente il significato di valore guida che sopravanza molti altri interessi pubblici tradizionali».

Acclarato, quindi, che l'AGCM sia titolare di una situazione giuridica di interesse pubblico connessa alla tutela della concor-

renza, il naturale strumento di protezione di tale interesse deve essere rappresentato dalla legittimazione in capo all'Antitrust di agire per la tutela giurisdizionale di tale interesse.

È proprio quanto accaduto nella pronuncia in commento, in cui l'AGCM ha dapprima azionato un potere a carattere consultivo e successivamente l'ha trasformato in impugnatorio, stante la necessità di adire il giudice amministrativo per la tutela di quello che ormai viene pacificamente considerato come un interesse pubblico alla concorrenza.

Cosicché, statisticamente, come ricordato in dottrina [Matarella 2016, p. 292] «l'Autorità ha utilizzato lo strumento del ricorso al giudice amministrativo nei casi in cui era prevedibile che lo utilizzasse, cioè per contestare la legittimità di provvedimenti: che ponevano limitazioni all'accesso ai mercati, per esempio con forme di programmazione o contingentamento o dai quali derivava l'attribuzione di risorse pubbliche con modalità non competitive».

Si tratta proprio del caso del rinnovo automatico delle concessioni demaniali: un settore in cui è frequente la concessione di risorse pubbliche senza prima espletare alcuna procedura ad evidenza pubblica ed in cui, quindi, è assolutamente prevedibile, se non automatico, che l'Antitrust ricorra allo strumento di cui all'art. 21-*bis*.

Sempre a commento della sentenza n. 363/2021 TAR Toscana, i giudici fiorentini affermano a chiare lettere che

è illegittima la proroga disposta da un comune delle concessioni demaniali marittime aventi finalità turistico-ricreative, in quanto disposta in aperta violazione del divieto, introdotto dalla normativa eurounitaria, di applicazione dell'art. 1, commi 682 e 683, L. n. 145 del 2018. Il rilascio delle concessioni demaniali che rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE è subordinato infatti all'espletamento di una procedura di selezione tra potenziali candidati, che deve presentare garanzie di imparzialità, trasparenza e pubblicità.

Si giunge a tale assunto tramite la puntuale reminiscenza dei rapporti tra fonti interne e comunitarie, nel senso che «la non applicazione della disposizione interna contrastante con l'ordinamento comunitario costituisce un potere-dovere, per il giudice, che opera anche d'ufficio, al fine di assicurare la piena applicazio-

ne delle norme comunitarie, aventi un rango preminente rispetto a quelle dei singoli Stati membri» (Cons. Stato n. 1219/2018) e allo stesso modo costituisce

[...] un obbligo per lo Stato membro in tutte le sue articolazioni e, quindi, anche per l'apparato amministrativo e per i suoi funzionari, qualora sia chiamato ad applicare la norma interna contrastante con il diritto eurounitario. 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) (Cons. Stato n. 1342/2018).

Ad ulteriore conferma della bontà di tale indirizzo giurisprudenziale, molteplici sono le segnalazioni inviate dall'AGCM al Parlamento e al Governo (da ultimo, si vedano le recenti segnalazioni di cui ai bollettini n. 28-29-30/2021) con cui si condanna fermamente la prassi nota a molti comuni italiani di prorogare automaticamente le concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative senza prima ricorrere ad una gara pubblica. La stessa Antitrust ha ricordato che l'affidamento delle concessioni deve comunque avvenire mediante procedure concorsuali trasparenti e competitive, al fine di attenuare gli effetti distortivi della concorrenza connessi alla posizione di privilegio attribuita al precedente concessionario.

La rilevata necessità di applicare i principi della concorrenza e della evidenza pubblica nel rilascio delle concessioni demaniali e la completata analisi sulle prerogative dell'Antitrust, postulano alcune considerazioni conclusive.

Il ricorso ai principi concorrenziali è necessario quanto dovuto, lo impone la normativa eurounitaria a tutela della concorrenza così come il consolidato orientamento giurisprudenziale nazionale ed europeo. Non a caso, la pronuncia in commento, chiosa affermando che «la proroga legale delle concessioni demaniali in assenza di gara non può avere cittadinanza nel nostro ordinamento». Resta, al più, da comprendere se tale indirizzo verrà definitivamente confermato o meno: avverso la sentenza in commento è stato proposto appello che non è ancora giunto a decisione e soprattutto la questione inerente alla proroga delle concessioni demaniali, è stata rimessa all'Adunanza Plenaria che

sarà chiamata a decidere se sia doveroso o meno procedere alla disapplicazione di una normativa interna confliggente con il diritto comunitario. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con le sentenze nn. 17 e 18 del 2021 si è, nel frattempo, pronunciata avallando le impostazioni giurisprudenziali sopra richiamate. In ogni caso, per gli aggiornamenti alle sentenze della Plenaria si rinvia alla sezione III di questo volume.

In ogni caso, anche prescindendo dalla soluzione offerta dalla Plenaria, si sarebbe potuto far ricorso ad una soluzione che avrebbe risolto il problema a monte. Uno dei principi cardine della normativa sui contratti pubblici è, infatti, quello di rotazione degli appalti da cui consegue l'inibizione di ripetuti e continui affidamenti a favore dei medesimi operatori commerciali, in modo da tutelare la pretesa di altri soggetti di accedere a posizioni di mercato e, quindi, in buona sostanza di valorizzare la concorrenza.

Difatti, non si presta debita attenzione al fatto che il gestore uscente è spesso avvantaggiato dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento: questo è il motivo per cui esso andrebbe escluso dalla procedura a prescindere dai modi in cui l'aveva ottenuto o comunque potrebbe essere nuovamente ammesso alla sola condizione che l'amministrazione motivi idoneamente le ragioni per le quali ritiene di non poter prescindere dall'invito all'uscente, in particolare in relazione all'assenza di valide alternative.

Cosicché, «in sede di scelta del concessionario andrebbe evitata qualsiasi forma di vantaggio competitivo in capo al precedente, che possa ricondursi a requisiti di partecipazione tesi a valorizzare (anche quale presupposto infungibile) la precedente gestione o all'attribuzione di premialità (in sede di apprezzamento delle proposte) del rapporto in precedenza instaurato» [Armenante 2020, p. 282].

Si tratta di una soluzione "interna" nel senso che è già prefigurata dal legislatore ma scarsamente applicata dalla prassi, l'obiettivo è pertanto quello di invertire questa tendenza in modo da fornire un effettivo contributo per la valorizzazione dei parametri concorrenziali a tutela dell'imprenditorialità e dell'economia globalmente considerata.

*Bibliografia essenziale*

- F. Armenante, *La non disciplina delle concessioni demaniali: dall'abrogazione dell'innaturale diritto di insistenza alle plurime e asistematiche proroghe anticomunitarie*, «Rivista giuridica dell'edilizia», 4, pt. 2, 2020, pp. 261 ss.;
- V. Cerulli Irelli, (voce) *Beni pubblici*, «Dig. disc. pubbl.», Torino, UTET, 1987, pp. 273 ss.;
- M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2015;
- M. Clarich, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis della L. n. 287/1990*, «Concorrenza e mercato», 2013, pp. 865 ss.;
- A. Cossiri, *La proroga delle concessioni demaniali marittime sotto la lente del giudice costituzionale e della Corte di giustizia dell'UE*, «Federalismi.it», 14, 2016;
- M. D'Alberti, *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, «Riv. trim. dir. pubbl.», 2, 2004, pp. 347 ss.;
- F. Goisis, *Il potere di iniziativa dell'autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 21 bis legge 287 del 1990: profili sostanziali e processuali*, «Dir. Proc. Amm.», 2, 2013, pp. 471 ss.;
- B. G. Mattarella, *I ricorsi dell'Autorità antitrust al giudice amministrativo*, «Giornale di diritto amministrativo», 3, 2016, pp. 291 ss.;
- N. Pica, *La tutela processuale dell'interesse pubblico: considerazioni a partire dalla legittimazione ad agire dell'AGCM*, «Dir. proc. amm.», 3, 2019, pp. 807 ss.;
- A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, Giappichelli, 2007;
- M.A. Sandulli, R. De Nictolis, *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, II, 2019;
- L. Torchia, *La nuova costituzione economica*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana. Un profilo*, Bologna, Il Mulino, 1994;
- F. Trimarchi Banfi, *La tutela della concorrenza nella giurisprudenza costituzionale. Questioni di competenza e questioni di sostanza*, «Diritto pubblico», 2, 2020, pp. 595 ss.;
- F. Trimarchi Banfi, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, «Diritto amministrativo», 1-2, 2013, pp. 15 ss.



Sezione II  
INTERESSI



Maria Chiara Girardi

## Concessioni demaniali marittime e principio di concorrenza costituzionalmente orientato

SOMMARIO: 1. Delimitazione del tema. Alla ricerca di un equilibrio tra regola di concorrenza e dimensione costituzionale – 2. Proposte interpretative e applicative – 3. Conclusioni: la sfida per il legislatore italiano

### *1. Delimitazione del tema. Alla ricerca di un equilibrio tra regola di concorrenza e dimensione costituzionale*

Il presente contributo analizza l'attuale regime delle concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo, con l'obiettivo di prospettare qualche soluzione normativa per contribuire a dirimere almeno alcuni dei principali nodi problematici del tema. Com'è noto, infatti, la resistenza del legislatore italiano alla corretta attuazione della normativa sovranazionale in tema di concessioni demaniali marittime e, in particolare, alla definizione di un regime di regole adeguato ai parametri della direttiva *Bolkestein* (2006/123/CE), nonché la nuova procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea nei confronti dell'Italia, spingono a ritornare a riflettere su questi temi, con rinnovato approccio non solo teorico ma anche applicativo.

Il quadro di riferimento da cui muovere è agilmente rappresentato, almeno per linee essenziali, dal rapporto istituzionale: ad oggi, infatti, secondo i dati pubblicati dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, sono circa 52.620 le concessioni demaniali marittime, di cui circa 11.105 relative a stabilimenti balneari, 1231 a campeggi, strutture turistiche e circoli sportivi, e le restanti destinate a pesca e acquacoltura. Lo sfruttamento economico di tali risorse – attesa la particolare natura di beni

quali il mare e le spiagge – si oppone all’esigenza di tutelare i diritti fondamentali ad esse sottesi. Non solo: la tutela dell’interesse generale alla protezione e alla fruizione collettiva di questi beni deve comportare necessariamente la previsione, in fase di assegnazione degli stessi a privati concessionari, di procedure d’accesso trasparenti e imparziali, nonché di canoni adeguati a carico degli imprenditori [Lucarelli 2019a]. Specie in relazione a questo ultimo aspetto, al di là dei modelli di gestione prescelti – su cui si potrebbe a lungo discettare – sullo sfondo insiste il tema di principale rilievo: la regola della concorrenza. Ma, ancor prima, è necessario soffermarsi sulla tutela dei beni pubblici e la problematica della fruibilità degli stessi. Infatti, per “democratizzare” l’istituto delle concessioni è necessario disciplinarle in modo da evitare che esse si trasformino in un mero regime proprietario e in modo da tutelare il libero e collettivo accesso ai beni demaniali marittimi [Lucarelli 2019b, pp. 2 ss.].

Allo stesso tempo occorre impedire una durata eccessivamente dilatata delle concessioni che tende a precludere l’accesso ai cittadini, creando situazioni di *dominio* dei concedenti e occorre intervenire sulle attuali previsioni di canoni irrisori, che consentono l’instaurarsi di veri e propri monopoli, a discapito della funzione sociale di tali risorse (non a caso, di recente, la Corte dei conti ha aperto un’inchiesta sui presunti danni erariali dovuti al rinnovo automatico delle concessioni demaniali marittime in Liguria).

Al contrario, un assetto di regole ispirato alla tutela della concorrenza dovrebbe non solo assicurare la parità di accesso degli imprenditori, ma anche garantire ai destinatari dei servizi, attraverso l’uso responsabile di tali risorse, un effettivo ed equo godimento dei diritti ad essi collegati [Gruner 2010, pp. 678 ss.; Monica 2013, pp. 437 ss.].

In questo quadro un ruolo dirimente è rimesso al legislatore. Non a caso – merita ricordarlo – la medesima Corte di giustizia, nella nota sentenza *Promoimpresa e Melis* (14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15) – pur dichiarando illegittime le proroghe automatiche delle concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo per violazione dell’art. 12 della direttiva *Bolkestein* – ha lasciato la possibilità ai legislatori nazionali, nel regolare la materia, di tener conto, in ossequio all’art. 12, par. 3,

della direttiva, delle specificità territoriali e di bilanciare la regola della concorrenza con altri motivi di interesse generale (come, ad esempio, la tutela del patrimonio ambientale).

L'idea, dunque, è di una «democratizzazione della regola della concorrenza in termini di uguaglianza, solidarietà e sostenibilità» [Lucarelli, Longhi 2018, p. 1251]. Un intervento del legislatore statale in questo senso consentirebbe di valorizzare il patrimonio pubblico a favore della collettività e di tutelare gli interessi transfrontalieri, contestualmente salvaguardando gli investimenti degli imprenditori, i beni culturali e ambientali, e gli obiettivi di politica sociale.

Ciononostante, sinora il legislatore non è sembrato volersi occupare adeguatamente della tematica, né tantomeno ha cercato soluzioni alla problematica: piuttosto, si è limitato a disporre proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni in questione. Tuttavia, i cospicui interessi economici sottesi allo sfruttamento del demanio marittimo, da cui deriva un «vero e proprio “mercato” delle attività legate alle relative concessioni» [Villa-mena 2010, p. 88], nonché l'esigenza di garantire una certezza del diritto in materia, che consenta alle amministrazioni di operare in modo corretto, impongono di trovare soluzioni atte ad assicurare l'espletamento di procedure competitive che garantiscano un'equa concorrenza tra i partecipanti (in questo senso, si v. Corte dei conti, sez. giur. Veneto, sent. 16 aprile 2018, n. 53); in specie, occorre “ridare dignità” ai beni di appartenenza collettiva, evitando che i titolari delle concessioni precludano il libero e gratuito accesso ai cittadini. Infatti, “democratizzare” la concorrenza significa innanzitutto democratizzare l'affidamento concessorio, impedendo che gli imprenditori diventino dei veri e propri proprietari dei beni demaniali marittimi [Lucarelli 2019a].

Un ulteriore profilo da tenere in considerazione attiene alla natura dei beni demaniali marittimi, in quanto beni, per loro intrinseca natura, appartenenti al *demanio necessario*, il quale, com'è noto, comprende tutti i beni immobili che sono ritenuti demaniali *ipso facto*. In considerazione della natura demaniale, la destinazione di questi beni al soddisfacimento della funzione pubblica costituisce un vincolo insuperabile ed è necessario proteggerli da uno sfruttamento indiscriminato [Lucarelli, De Ma-

ria, Girardi 2021, pp. 31-32]. Infatti, le spiagge sono beni pubblici demaniali inalienabili e sottratti ai diritti a favore di terzi (ex artt. 822-823 c.c.). In particolare, sono beni naturali *ontologicamente* limitati in ragione della loro scarsità e del rischio di depauperamento (Cons. Stato, Sez. IV, sent. 16 febbraio 2021, n. 1416).

Pertanto, la tutela di tali beni pubblici – naturalmente destinati alla collettività dei consociati – dovrebbe essere un fattore centrale nell’indirizzo politico governativo italiano, anche al fine di promuovere «le specificità delle diverse località turistiche» [Carullo, Monica 2020, p. 27]. Il nodo della questione si colloca, dunque, nella necessità di conciliare la disciplina concessoria con i valori costituzionali; in particolare con l’art. 42 Cost., in tema di proprietà, con gli artt. 41 e 43 Cost. in tema di utilità sociale, nonché con gli artt. 2, 3 e 117 della Costituzione.

## 2. *Proposte interpretative e applicative*

All’origine della problematica relativa alle concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo sembrano porsi due elementi: l’uno, dovuto alla necessità di rispettare la regola della concorrenza, costituzionalmente orientata, garantendo la predisposizione di procedure trasparenti e imparziali per l’assegnazione delle concessioni [Lucarelli 2020b, pp. 1 ss.]; l’altro, legato alla necessità di tutelare la funzione sociale dei beni demaniali marittimi, naturalmente destinati allo sviluppo dei diritti fondamentali della persona e delle generazioni future [Longhi 2011, pp. 7 ss.].

Da un’accurata disamina della normativa in materia, emerge come tali fattori non siano inconciliabili, a patto che siano interpretati nel modo corretto.

In particolare, già prima dell’emanazione della direttiva *Bolkestein*, i Trattati dell’Unione europea – pur non facendo esplicita menzione delle concessioni – dettavano regole in materia di concorrenza che garantissero il buon funzionamento del mercato unico [Girardi 2019]. Tale normativa è stata nel tempo corroborata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale ha più volte evidenziato la necessità di rispettare il principio di

trasparenza nell'assegnazione degli appalti, anche non rientranti espressamente nella disciplina comunitaria (Corte di Giustizia, sent. 7 dicembre 2000, C-324/98, punto 60).

Pertanto, il principio di trasparenza è strettamente correlato al principio di non discriminazione, in quanto mira a garantire una corretta ed equa applicazione della regola di concorrenza, imponendo alle amministrazioni concedenti di rendere nota, con adeguati strumenti di pubblicità, la volontà di assegnare una concessione. Tale pubblicità deve contenere tutte le informazioni necessarie agli imprenditori per valutare se vi sia interesse a partecipare [Di Lascio 2009, pp. 787 ss.].

Tuttavia, la Corte di Giustizia, in tempi non sospetti, aveva precisato che le amministrazioni sono libere di «scegliere la procedura di aggiudicazione più appropriata alle caratteristiche del settore interessato e stabilire i requisiti che i candidati devono soddisfare durante le varie fasi della procedura» (Corte di Giustizia, sent. 25 aprile 1996, C-87/94, punto 54).

Pertanto, già prima dell'emanazione della direttiva Servizi e della sentenza *Promoiimpresa e Melis*, la normativa e la giurisprudenza comunitaria consentivano ai legislatori degli Stati membri di utilizzare le coste demaniali marittime nel modo più conforme alle esigenze delle comunità locali e alle specificità dei singoli territori [Pollastrelli 2017, pp. 783 ss.].

Allo stato attuale, la direttiva *Bolkestein* – sebbene sia intervenuta per disciplinare uniformemente la materia dei servizi, tentando di colmare le disomogeneità tra i diversi regimi autoritativi degli Stati membri e garantire un mercato unico, grazie alla predisposizione di una normativa uniforme per l'affidamento delle concessioni – lascia agli Stati la libertà di considerare le singole specificità territoriali e identità culturali, così che i legislatori nazionali possano proporre misure alternative a quelle dettate dalla direttiva [Di Plinio 2020, pp. 10 ss.].

L'Italia, per esempio, già nel decreto legislativo di recepimento della direttiva (d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59) ha autorizzato le regioni alla scelta di regimi differenziati in attuazione della riforma del Titolo V della Costituzione.

Inoltre, lo stesso art. 12, par. 3, della direttiva *Bolkestein*, prevede che gli Stati membri possano «tener conto, nello stabi-

lire 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 di interesse generale conformi al diritto comunitario».

D'altra parte, la giurisprudenza comunitaria in merito agli artt. 49 e 56 del TFUE ha sempre espresso la necessità di bilanciare i principi di libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi con gli ulteriori interessi pubblici in gioco [Benetazzo 2018, pp. 3 ss.].

Tale indirizzo è stato confermato dalla Corte di Giustizia, la quale, nella sentenza *Promoimpresa e Melis* – pur riaffermando il divieto di proroga automatica delle concessioni demaniali marittime e l'obbligo di provvedere all'espletamento di procedure imparziali e trasparenti per l'affidamento delle stesse [Squazzoni 2016, pp. 166 ss.] – ha ribadito la possibilità per gli Stati membri di tenere conto di ragioni di ordine pubblico, pubblica sicurezza, protezione dell'ambiente e di ulteriori motivi imperativi di interesse generale che possano giustificare limitazioni o restrizioni alla disciplina comunitaria.

Nella stessa pronuncia, il Giudice europeo ha indicato agli Stati membri e ai giudici interni le possibili chiavi interpretative delle misure da adottare in tema di concessioni demaniali marittime, lasciando ampio spazio di manovra ai legislatori nazionali per intervenire sulla materia tenendo in considerazione le peculiarità delle diverse concessioni, anche allo scopo di tutelare il legittimo affidamento degli imprenditori uscenti [Cossiri 2016, pp. 11 ss.].

Inoltre, la Corte non ha specificato quali siano le regole che le amministrazioni statali debbano adottare per l'affidamento delle concessioni demaniali marittime, limitandosi a imporre che la selezione del concessionario sia imparziale e trasparente, nel rispetto delle misure europee fissate nella direttiva. Pertanto, è rimessa ai legislatori statali la libertà di decidere come intendono disciplinare le condizioni di affidamento della concessione. Essi sono liberi di «valutare tutti gli interessi concretamente in gioco, specie laddove questi non si pongano in contraddizione



con l'ordinamento europeo, ma anzi in quanto espressione di un carattere fondamentale dell'ordinamento europeo, quale l'uso pubblico dei beni demaniali» [Carullo, Monica 2020, p. 38].

Di conseguenza, gli Stati membri, nell'affidamento delle concessioni demaniali marittime, possono – e devono – tener conto dei differenti contesti e territori in cui esse insistono e, in particolare, degli interessi della generalità dei consociati all'utilizzo di tali beni. In particolare, le amministrazioni devono assicurarsi che il bene sia utilizzato a vantaggio della comunità – promuovendo, per esempio, il turismo e le tradizioni culturali locali – e debbono assicurarsi che, nell'affidamento della concessione, la cura dell'interesse collettivo – strettamente connesso alla natura demaniale del bene – prevalga sugli interessi economici da esso scaturenti.

### 3. Conclusioni. La sfida per il legislatore italiano.

Quanto analizzato dimostra come il ruolo del legislatore italiano sia dirimente al fine di trovare punti di equilibrio tra gli interessi considerati. Pur nella consapevolezza della complessiva problematicità del tema – attesi i piani di governo coinvolti (internazionali, sovranazionali, nazionali) e l'articolazione dialettica degli interessi in campo (privati e pubblici) – una disciplina organica del regime delle concessioni demaniali marittime a scopo-ricreativo, ispirata alle indicazioni sovranazionali, ribadite dalla giurisprudenza costituzionale interna, potrebbe mettere fine ai problemi considerati, a partire da una corretta interpretazione e applicazione delle regole costituzionalmente orientate [Lucarelli 2020, pp. 2 ss.].

Infatti, pur all'interno di binari definiti, il ruolo degli Stati membri resta decisivo al fine di una adeguata applicazione della direttiva *Bolkestein*. La proroga automatica e generalizzata delle concessioni demaniali marittime – com'è noto – è vietata dalla direttiva; al decisore politico nazionale, tuttavia, è rimessa la valutazione in ordine alla scelta delle modalità di affidamento delle concessioni, nel rispetto dei principi di imparzialità e trasparenza. In tal senso, inoltre, agli Stati membri (e ai rispettivi enti territoriali) è rimessa l'individuazione delle modalità di uti-

lizzo delle spiagge nel modo più conforme alla specificità territoriale e alle esigenze del settore turistico.

Si tratta, dunque, della possibilità di valorizzare le caratteristiche di uno specifico luogo mediante la differenziazione delle discipline. Ne deriva che il legislatore può gestire l'affidamento delle concessioni garantendo la conservazione delle tradizioni e delle identità culturali che contraddistinguono le diverse località del territorio, ma soprattutto la tutela di tali beni comuni intesi quali beni di appartenenza collettività e di fruibilità diffusa [Lucarelli 2021].

L'obiettivo ulteriormente perseguito è quello di scongiurare il rischio che una procedura selettiva concorrenziale possa arrecare danno alle realtà locali, ad esempio mediante l'affidamento della concessione a imprenditori che non abbiano alcuna contezza delle tradizioni culturali del luogo. Al contrario, in ragione di questo modello, le amministrazioni potranno predisporre bandi di gara calibrati sulle esigenze del territorio di riferimento, nel rispetto e a vantaggio del patrimonio culturale e ambientale.

Il modello di regolazione rappresentato sembra pertanto recare un duplice registro – europeo e nazionale – nella gestione dei beni demaniali marittimi. In particolare, un margine importante è rimesso al legislatore interno per la definizione delle migliori modalità applicative della normativa europea, per orientare a Costituzione, tramite procedure competitive, le scelte in tema di affidamento delle concessioni demaniali e tutelare la funzione sociale dei beni pubblici. Ciò, in linea con quanto sopra considerato, può rappresentare una chiave di volta decisiva per affermare la necessità di assicurare un equilibrio tra i principi europei, le regole di concorrenza e le norme costituzionali. Un equilibrio, in specie, capace di contemperare la tensione privatistica con quella pubblicistica, ovvero l'esigenza del mercato con la tutela degli interessi generali, con il fine ultimo di valorizzare la funzione costituzionale che è propria dei beni in discorso: quella sociale.

Coerentemente con le considerazioni compiute alla ricerca di un equilibrio tra le istanze in campo, anche il tema degli investimenti dei concessionari uscenti trova ragioni di tutela. La Corte di Giustizia, infatti, nella sentenza *Promoimpresa e Melis* ha precisato che l'interesse del concessionario uscente alla salva-

guardia degli investimenti effettuati può rilevare soltanto all'interno della stessa procedura di affidamento. In particolare, solo in quella sede l'amministrazione potrà valutare, alla stregua di criteri oggettivi e predeterminati, gli effettivi investimenti realizzati dall'imprenditore uscente [Capotorti 2016, pp. 542 ss.; Sanchini 2016]. In ogni caso, tale problematica potrebbe essere superata mediante la valutazione economica della quota parte residua di ammortamento, da imputare a carico del concessionario entrante che beneficerà di quell'investimento, e da inserire e valutare nella procedura di evidenza pubblica. Diversamente, l'attuale regime di proroga indiscriminata delle concessioni demaniali marittime, ha comportato un rafforzamento unicamente degli interessi economici dei singoli imprenditori a discapito di quelli della collettività [Lucarelli 2013].

Ancora, l'esigenza di un intervento urgente del legislatore in materia è dimostrata non solo dalla recente – ennesima – procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea nei confronti dell'Italia, ma altresì dal recente decreto del Consiglio di Stato (Cons. Stato, decr. 24 maggio 2021, n. 160), con cui è stata rimessa all'Adunanza Plenaria la questione connessa all'ultima proroga delle concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreative di cui alla legge n. 145 del 2018 (legge di bilancio) e al d.l. n. 34 del 2020 (decreto Rilancio). In particolare, l'Adunanza è chiamata a pronunciarsi sulla doverosa, o meno, disapplicazione delle leggi statali o regionali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni, al fine di comprendere se l'apparato amministrativo sia obbligato o meno a disapplicare la normativa nazionale confliggente con il diritto dell'Unione europea. Successivamente, in caso di sussistenza del predetto obbligo, l'Adunanza dovrà precisare se spetta all'amministrazione annullare d'ufficio il provvedimento contrario alla normativa europea (per gli aggiornamenti alle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si rinvia alla sezione III di questo volume).

In conclusione, nell'attesa di tale pronuncia, si ribadisce l'auspicio di un intervento serio da parte del legislatore italiano per restituire certezza all'attuale assetto di regole e di prassi in materia. Una disciplina organica delle concessioni demaniali ma-

rittime, definita attraverso quel campo di autonomia che la direttiva europea lascia al legislatore interno, può rivelarsi l'unica soluzione praticabile per rispondere in concreto ai problemi sopra considerati. E, soprattutto, per dare una risposta alla ricerca di quell'equilibrio – possibile e doveroso – tra logiche del mercato e prospettiva costituzionale, al fine di porre tali logiche del mercato nei limiti della funzione sociale dei beni pubblici e di tutto il complesso dei principi che definiscono la nostra forma di stato, compresi i principi europei [Lucarelli 2020a; Id. 2020b].

### *Bibliografia essenziale*

- C. Benetazzo, “Primazia” del diritto U.E. e proroghe ex lege delle concessioni balneari, «federalismi.it», 19, 2018;
- F. Capotorti, *Cronaca di un'incompatibilità annunciata nel caso Pro-moimpresa: secondo l'avvocato generale Szpunar la direttiva Bolkestein osta al rinnovo automatico dei diritti esclusivi di sfruttamento dei beni del demanio pubblico marittimo e lacuale in Italia*, «EuroJus.it», 3, 2016;
- G. Carullo, A. Monica, *Le concessioni demaniali marittime nel mercato europeo dei servizi: la rilevanza del contesto locale e le procedure di aggiudicazione*, «federalismi.it», 26, 2020;
- A. Cossiri, *La proroga delle concessioni demaniali marittime sotto la lente del giudice costituzionale e della Corte di giustizia dell'UE*, «federalismi.it», 14, 2016;
- F. Di Lascio, *Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, «Foro amm. TAR», 2009;
- G. Di Plinio, *Il Mostro di Bolkestein in spiaggia. La “terribile” Direttiva e le concessioni balneari, tra gli eccessi del Judicial Italian Style e la crisi del federalizing process*, «federalismi.it», 5, 2020;
- M.G. Girardi, *Principi costituzionali e proprietà pubblica. Le concessioni demaniali marittime tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, «Dir. pubbl. eur. Rass. online», 1, 2019;
- G. Gruner, *L'affidamento ed il rinnovo delle concessioni demaniali marittime tra normativa interna e principi del diritto dell'Unione europea*, «Foro amm.- Cons. Stato», 2010;
- L. Longhi, *Le concessioni demaniali marittime tra regola della concorrenza e diritti fondamentali*, «Rass. Dir. pubbl. eur.», 1, 2011;
- A. Lucarelli, *Beni Comuni* (voce), «Enc. Giuridica», Roma, 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, 2019a;
- A. Lucarelli, *La conferenza sul futuro dell’Europa tra forma di Stato e forma di governo*, «Dir. Pubbl. eur. Rass. online», 1, 2020b;
- A. Lucarelli, *La democrazia dei beni comuni. Nuove frontiere del diritto pubblico*, Roma-Bari, Laterza, 2013;
- A. Lucarelli, *Le radici dell’Unione Europea tra ordoliberalismo e diritto pubblico europeo dell’economia*, «Dir. Pubbl. eur. Rass. online», 1, 2019b;
- A. Lucarelli, *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, «Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, Consulta online», 2020a;
- A. Lucarelli, B. De Maria, M.C. Girardi, *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime. Principi costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021;
- A. Lucarelli, L. Longhi, *Le concessioni demaniali marittime e la democratizzazione della regola della concorrenza*, «Giur. cost.», 3, 2018;
- A. Monica, *Le concessioni demaniali marittime in fuga dalla concorrenza*, «Riv. it. pubbl. comunit.», 2, 2013;
- S. Pollastrelli, *La Corte costituzionale tra prerogative dominicali, competenze amministrative regionali e principi comunitari in materia di demanio marittimo*, «Rivista del diritto della navigazione», 2, 2017;
- F. Sanchini, *Le concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo tra meccanismi normativi di proroga e tutela dei principi europei di libera competizione economica: profili evolutivi alla luce della pronuncia della Corte di giustizia resa sul caso Promoimpresa-Melis*, «Rivista della regolazione dei mercati», 2, 2016;
- S. Squazzoni, *Il regime di proroga delle concessioni demaniali marittime non resiste al vaglio della Corte di giustizia*, «Riv. della regolazione dei mercati», 2, 2016;
- S. Villamena, *Concessioni demaniali marittime e concorrenza. (Profili ricostruttivi e modalità operative)*, in G. Lami (a cura di), *Le concessioni demaniali marittime tra passato, presente e futuro*, Padova, Exeo, 2010.



Alessia Monica

## Il destinatario e le concessioni demaniali marittime nel mutato contesto del mercato europeo dei servizi

SOMMARIO: 1. Introduzione: il mutato mercato dei servizi – 2. La natura della concessione e il «destinatario dei servizi» – 3. Gli interessi dei destinatari e l'attività di selezione del concessionario – 4. Conclusioni

### *1. Introduzione: il mutato mercato dei servizi*

Le restrizioni alle libertà di circolazione imposte dai vari Stati membri quali misure di contrasto alla pandemia hanno, inevitabilmente, determinato una compressione delle modalità di incontro effettivo tra domanda e offerta nel mercato unico dei servizi, come quelli turistici, con conseguenti ricadute anche per il settore balneare. In particolare, la possibilità per i destinatari di usufruire dei servizi prestati, grazie all'affidamento in concessione ai privati del bene pubblico “spiaggia”, è oggettivamente ridotta. Ciò è attribuibile, sia alle difficoltà di soggiornare e circolare liberamente nel territorio degli Stati membri, sia alla necessaria verifica della compatibilità dello svolgimento delle suddette attività con l'andamento della situazione epidemiologica.

Si deve, innanzitutto, evidenziare come sia mutato il contesto del “mercato dei servizi” rispetto a quello esistente agli inizi del 2004 quando la Commissione europea ha presentato la proposta di direttiva sui servizi che è poi entrata in vigore solo nel dicembre 2006. Il settore dei servizi è, infatti, ontologicamente soggetto ad una costante evoluzione (considerando 33 Direttiva 123/2006/CE), nonché è caratterizzato dall'ibridizzazione di molti servizi e dalla loro fluidità. Ogni prestazione di servizi ri-

chiede, per sua natura, una certa dose di «*fiducia*» tra fornitore e destinatario per potersi realizzare [Wiberg 2004, p. 20].

Progressivamente, i vari interventi del legislatore europeo hanno altresì sfumato la distinzione tra “concessione di beni” e “concessione dei servizi” anche dalla prospettiva del diritto nazionale. Tale ultima constatazione non può poi essere separata dalla necessità di un riordino effettivo della materia delle concessioni demaniali che superi l’incompatibilità della proroga (che non è l’equivalente di una mera estensione dell’affidamento già in essere) delle concessioni demaniali marittime con l’ordinamento europeo. Ciò al fine di conservare il ruolo deputato all’amministrazione nella determinazione dei criteri di selezione del concessionario che avviene, di norma, tramite procedure di evidenza pubblica o tramite procedimenti ad istruttoria complessa, a garanzia dell’interesse pubblico che rimane peculiare alla struttura del rapporto concessorio. Ecco che, proprio nell’esercizio del suo potere discrezionale di valutazione degli operatori, l’amministrazione potrebbe considerare il punto di vista del “destinatario” del servizio, quale elemento per determinare anche la “qualità” dell’offerta del prestatore e ridisegnare il mercato dei servizi del turismo sulla base della realtà aggiornata. Si aggiunga anche il fatto che i concessionari sono tenuti al rispetto dei protocolli o delle varie linee guida idonee a prevenire o ridurre il rischio di contagio, nell’interesse della salute della collettività, ma ciò potrebbe avere effettive ricadute sulle possibilità di sfruttare appieno le concessioni.

Valorizzare perciò la differenziazione dei servizi resi ai consumatori, in connessione anche con il “contesto locale”, assume «un carattere determinante, se non addirittura essenziale, dell’offerta» [Carullo, Monica 2020, p. 24].

## 2. *La natura della concessione e il «destinatario dei servizi»*

Sulla natura delle concessioni la dottrina amministrativista si continua ad interrogare senza esiti unanimi [Giannelli 2017, p. 55] ed è costantemente sollecitata dalle riflessioni dei giudici non solo costituzionali e amministrativi, ma addirittura contabili per possibili danni erariali in assenza di procedure ad evi-



denza pubbliche. L'impossibilità (sopravvenuta) di dirimere le discussioni tra "concessioni di beni" e "concessioni di servizi" è però imposta dal diritto europeo stesso. Sicché, a parere di chi scrive, risulta oramai un esercizio un pò improduttivo il voler perpetuare a trovare una quadra in relazione alla qualificazione giuridica dalla "concessione demaniale marittima" – sia essa in realtà ancora da considerarsi una "concessione" o piuttosto una "autorizzazione". Il legislatore europeo ha, in ultimo, escluso le concessioni demaniali dalla Direttiva 2014/23/UE riconducendole nell'alveo delle attività di servizi. Rilevata la scarsità del bene quale risorsa naturale, si impone l'esigenza di garantirne l'accessibilità, riconoscendone allo stesso tempo la "onerosità" del regime autorizzatorio. Allo *status quo*, non sono fino ad ora stati creati "istituti giuridici nuovi", anche in virtù del fatto che il legislatore italiano ha recepito in maniera pressoché puntuale l'art. 12 della Direttiva servizi nell'art. 16 del D.lgs. 59/2010. Perciò, da un lato gli istituti tradizionali sono stati messi a dura prova dall'erompere dei principi di libera circolazione; dall'altro si sono ingenerati effetti indiretti perversi quali il ricorso incessante alla proroga la quale, spostando il termine finale del rapporto in essere, presuppone che questo non si esaurisca mai. Sebbene il "bene" affidato in concessione sia strumentale all'esercizio dell'attività di servizi posta in essere dal concessionario, il tratto distintivo della concessione rimane rappresentato dal rischio operativo del concessionario. È insito alla genesi della concessione il fatto che, benché si tratti di un'attività imprenditoriale, essa sia comunque svolta sotto il controllo del concedente [D'Alberti 1981, p. 336]. Lo stesso concedente ha interesse affinché il bene affidato in concessione sia sfruttato economicamente: ciò può avvenire solo attraverso l'incontro con il "destinatario" quale utente finale del servizio stesso. Come ricordato al considerando 92 della Direttiva 123/2006/CE, le restrizioni alla libera circolazione dei servizi «possono scaturire non solo da misure assunte nei confronti dei prestatori, ma anche dai numerosi ostacoli alla fruizione di servizi da parte dei destinatari e in particolare da parte dei consumatori». In tal senso, le varie limitazioni o misure di contenimento, sebbene giustificate dall'interesse generale di tutela della salute, ostacolano l'attività di prestazione

di servizi non più tanto dalla prospettiva del diritto di stabilimento *ex art. 49 TFUE*, quanto piuttosto dall'effettivo incontro con le istanze dei fruitori. Perciò, sono le "esigenze del destinatario" ad assumere un ruolo centrale per quanto riguarda la determinazione stessa dei criteri di aggiudicazione della concessione.

Ecco che, in tale perimetro, si può inserire bene il ruolo delle tecnologie della società dell'informazione quale acceleratore della conoscenza (intesa come accesso alle informazioni). La stessa possibilità di accesso ad Internet risulta caratterizzata dalla multidimensionalità e pluriformità; è vivo e acceso il dibattito in relazione alla sua configurazione quale «diritto sociale» che si traduce in un vero e proprio «diritto di prestazione» [Tanzarella 2021, p. 41]. Tuttavia, per quanto concerne i servizi, si deve inquadrare il tema dell'accesso dal punto di vista della possibilità che i vantaggi delle nuove tecnologie possono offrire non solo agli operatori, ridefinendone talvolta obblighi e doveri, ma anche in relazione alle possibilità di accesso effettivo al servizio, una volta che quest'ultimo incontra le preferenze del destinatario/utente. Guardando già indietro nel tempo, nei considerando 50 e 96 della Direttiva servizi, si sottolineava la possibilità di rendere facilmente accessibili al destinatario le informazioni tramite, ad esempio, il sito *web* del prestatore e prevedendo anche informazioni dettagliate contenute nei documenti di presentazione dello stesso. Al giorno d'oggi, l'utilizzo del *web* non è più un'opzione volontaria bensì esso è imprescindibile: il consumatore è di fatto iperconnesso. La tecnologia è, dunque, «protesi dell'azione umana per raggiungere decisioni efficienti» [Di Porto 2016, p. 59]. La "iperconnessione" diventa, così, una risorsa per migliorare i servizi. A ciò si aggiunga il fatto che la crisi sanitaria ha inderogabilmente sancito il ruolo degli "intermediari di servizi digitali" per la prosecuzione della stragrande maggioranza delle attività produttive. Tra queste, giocoforza, rientrano anche le attività turistiche che già da anni sperimentano le potenzialità della tecnologia quale volano per raggiungere meglio il consumatore. Si pensi anche all'utilizzo di app di prenotazione del "posto in spiaggia". Non di meno, al netto delle possibili distorsioni della realtà se non correttamente stilate ed interpretate, le classifiche promosse da organismi pubblici quali, ad esempio *l'Agenzia europea dell'ambiente* sulla qualità delle acque balneabili, o le classifiche di Legambien-

te, possono essere un esempio volto a diffondere rapidamente informazioni sulla qualità del servizio, anche attraverso il *web*.

A partire proprio da questa fotografia della realtà odierna, la quale vede il destinatario soprattutto quale “consumatore” e “possibile” fruitore di un servizio, si vuole in questo scritto sottolineare qui la possibilità per le amministrazioni, nel rispetto dei vincoli della legge nazionale sul riordino del settore balneare, di poter inserire dei criteri negoziati direttamente con i vari interessati (prestatori e destinatari) volti a valorizzare davvero la specificità del servizio prestato. Non si tratta, si badi bene, di lasciare libero spazio alle valutazioni dei privati in merito alla soddisfazione ottenuta da un servizio. Si tratta, piuttosto, di far emergere la “qualità dell’offerta” sotto il «profilo culturale e delle tradizioni locali» [Carullo, Monica 2020, p. 43] già in fase di selezione. Ciò potrebbe tradursi anche nel coinvolgimento diretto degli operatori e dei fruitori, introducendo (se del caso) forme ibride di regolamentazione [Wiberg 2004, p. 284]. Ciò sarebbe a garanzia di una maggiore competitività nel mercato e, in epoca di pandemia, a tutela anche della salute. Il destinatario del servizio, oggi-giorno, dispone degli strumenti tecnologici per valutare con anticipo il contenuto del servizio stesso, in relazione alle esperienze degli altri utenti e in relazione ai vari servizi ricettivi di supporto nel luogo scelto [Carullo, Monica 2020, p. 26]. Risulta, ad esempio, difficile pensare che il destinatario del servizio, quale anche «utente digitale», non conosca in anticipo le differenze che vi sono tra la costa e le strutture balneari liguri o quelle della riviera adriatica. Semmai, bisognerà tenere in considerazione le responsabilità del concessionario per eventuali discriminazioni nei confronti del consumatore in relazione ai profili di vulnerabilità non di poco conto nel mercato digitale, rammentando al contempo come la protezione dei consumatori sia un principio tutelato anche nella CDFUE (art. 38). Di conseguenza, la peculiarità di alcune realtà italiane può essere potenziata proprio attraverso la salvaguardia del territorio e del consumatore. Nondimeno, ciò non sarebbe in contrasto con quanto ribadito dai giudici europei che si sono pronunciati nel famoso rinvio pregiudiziale *Promoimpresa e sig. Melis* del 2016 (cause riunite C-458/14 e C-67/15).

Non si deve, ovviamente, omettere di determinare, caso per caso, l’esistenza di un “interesse transfrontaliero certo” da par-

te di operatori di altri Stati membri a stabilirsi in Italia. Nel qual caso, le ragioni legate alla peculiarità del territorio nazionale soccomberebbero nel doveroso bilanciamento tra gli interessi in gioco [Squaratti 2017, p. 774].

È ormai incontrovertibile il fatto che i servizi *on line* hanno reso più impalpabili i confini nazionali. Ne consegue che, nelle “zone di confine”, servizi limitrofi potrebbero progressivamente, e in autonomia, allinearsi a livello di “strutturazione del servizio” di modo da rendersi tra di loro competitivi per i destinatari, portando sia le amministrazioni aggiudicatrici, sia gli operatori, ad adeguare l’offerta proposta alle esigenze del consumatore. Rispetto al 2006, a parere di chi scrive, la questione non è più legata alla competitività dell’offerta basata sulla selezione imparziale dell’operatore, quanto piuttosto alla possibilità che la selezione imparziale dell’operatore porti davvero ad un miglioramento della qualità dei servizi offerti, in termini di differenziazione e pluralità. Tale previsione rimarrebbe dunque benefica per il mercato, laddove le norme interne (quindi la futura disciplina delle concessioni) derogassero eventualmente al principio della libera circolazione. Ovviamente, nella misura in cui ciò sia (e continui ad essere) giustificato per il conseguimento degli obiettivi di «interesse pubblico» in ottemperanza dei principi concorrenziali (C. *Tedeschi*, causa 5/77, p.to 35). In aggiunta, una riconsiderazione del contesto di riferimento è utile non solo dal punto di vista dell’interpretazione contestuale del diritto europeo, ma proprio per garantire la certezza del diritto, riducendo altresì il copioso contenzioso amministrativo nazionale, spesso caratterizzato dalla insuperabile contraddittorietà.

### 3. *Gli interessi dei destinatari e l’attività di selezione del concessionario*

Il caso delle concessioni demaniali disvela perciò in maniera chiara «l’effetto nomopoietico del diritto europeo sull’organizzazione e l’azione statale» [Sommermann, Fraenkel-Haeberle 2021] nel caso di recepimento e attuazione di una Direttiva. Le ragioni di ciò sono conseguenza del fatto che il diritto europeo è ogni giorno più penetrante nell’ordinamento interno e, in maniera

esponenziale, laddove la legislazione si proponga di operare un ravvicinamento delle legislazioni nazionali. Sicché, l'uniformazione dei procedimenti amministrativi e degli assetti organizzativi nazionali – vale a dire la diversa distribuzione delle competenze legislative e della individuazione dell'interesse pubblico – può incontrare ostacoli o difficoltà di recepimento. Come ben evidenziato nella recente pronuncia del Tar Lecce 981/2021, in merito alla configurabilità di un interesse transfrontaliero, la Direttiva servizi *ab origine* lascerebbe alla discrezionalità dello stato nazionale di determinare la certezza di tale interesse. Nel concreto, il giudice estensore, ha ritenuto che non trattandosi di direttiva *self-executing*, la qualificazione dell'interesse transfrontaliero e la verifica dell'effettiva scarsità delle risorse naturali andrebbero riservate caso per caso agli «organi di amministrazione attiva». In tal frangente, la peculiarità del contesto locale italiano appare dunque irrinunciabile, anche per quanto riguarda il merito amministrativo. In questo caso specifico, si tratterebbe di concessioni demaniali marittime ubicate in zone costiere caratterizzate da bassa redditività, aventi ad oggetto stabilimenti balneari a conduzione familiare.

Nell'attesa della pronuncia dell'Ad. Plenaria del Consiglio di Stato del prossimo ottobre 2021 (per gli aggiornamenti alle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si rinvia alla sezione III di questo volume) in merito alla competenza anche delle amministrazioni locali a disapplicare la norma nazionale in contrasto col diritto UE (pur nel caso ove non si tratti di una norma direttamente applicabile e che, in quanto tale, non siano ancora stati dettati dalle stesse amministrazioni *parametri di riferimento* chiari in una situazione di regole incerte) il legislatore e le amministrazioni possono solo affidarsi ai principi generali per cercare di orientare le regole esistenti. In particolare, ci si riferisce al *principio di legittimo affidamento* e al *principio di proporzionalità*. Essi vanno rapportati all'attuale contesto pandemico dei servizi di cui non si conosce una fine certa.

Il legittimo affidamento costituisce, a sua volta, un corollario del principio della «certezza del diritto», secondo quanto sancito dalla sentenza *Duff* C-63/93 [Bastianon 2012, p. 85]. Tali due principi differirebbero tra loro sotto il profilo temporale: la certezza del diritto avrebbe un carattere statico, mentre il secondo

avrebbe carattere dinamico imponendo agli organi che danno attuazione al diritto europeo di tutelare situazioni giuridiche consolidate in frangenti ove interessi quale l'interesse pubblico (della collettività) e l'interesse dei privati (del concessionario) possano venire in contrapposizione tra di loro. Ecco che, in un contesto ove la politica di concorrenza è funzionale agli interessi dei consumatori (anche in virtù del fatto che la protezione dei consumatori *ex art. 169 TFUE* ha un posto di rilievo nell'elenco dei motivi volti a giustificare delle restrizioni alla libera circolazione riconosciuti dal Trattato), si denota una sorta di relazione pressoché biunivoca tra consumatori e mercato. Semmai, come già accennato, il problema sta nel porre la necessaria attenzione alle istanze dei «consumatori vulnerabili» che potrebbero essere discriminati in un mercato sempre più mutato per effetto delle tecnologie digitali, nonché per effetto delle varie restrizioni imposte alle libertà di circolazione nel contesto pandemico.

Il principio di proporzionalità diventa così indispensabile al fine di regolare l'esercizio della discrezionalità amministrativa nell'affidamento della concessione che, per sua natura, riflette comunque una valutazione di prevalenza di vari interessi pubblici (tra cui la tutela del bene pubblico e la tutela della salute rispetto alla fruizione del lido come accesso al mare) sugli interessi dei privati. Inoltre, rimane pacifica l'applicabilità dei principi di «imparzialità, trasparenza e par condicio», anche alle materie non aventi rilevanza transfrontaliera «purché inerenti ad attività suscettibili di apprezzamento in termini economici» [Gaffuri 2021]. Di conseguenza, un bilanciamento delle varie istanze è, perciò, non solo funzionale alla selezione del concessionario, ma anche alla tutela del legittimo affidamento (ove formatosi) di quest'ultimo. Inoltre, come delineato, anche i destinatari del servizio possono avere aspettative non più trascurabili e meritevoli di tutela *già* in fase di aggiudicazione.

#### 4. Conclusioni

Tra i principali ostacoli nel mercato dei servizi il legislatore europeo ha evidenziato la gravosità delle procedure amministrative, l'incertezza giuridica che caratterizza le attività transfron-

taliere e la mancanza di fiducia reciproca tra Stati membri. Nel concreto, le esigenze di uniformità ed efficacia della gestione della “politica europea dei servizi” impongono alle amministrazioni nazionali, chiamate a dare esecuzione al diritto europeo, di astenersi dall’applicare regole diverse a seconda che queste diano attuazione alla normativa europea o a quella nazionale [Caranta 1996, p. 452]. In altre parole, l’autonomia procedurale non è un valore assoluto e la disciplina procedurale nazionale è sempre sottoposta ad un giudizio di adeguatezza rispetto ai principi e alle regole poste dal diritto dell’Unione. Ne deriva che, nei vari casi in cui le amministrazioni nazionali non disapplicano le disposizioni nazionali in contrasto con il diritto europeo, esse disattendono quanto sancito alla giurisprudenza europea (*Flli Costanzo* causa 103/88), non riconoscendo la *primauté* del diritto europeo alla base del sistema dell’Unione [Ziller 2021, p. 179]. Le insidie derivanti da varie pronunce dei giudici amministrativi sull’integrazione delle fonti europee e nazionali sono evidenti e potrebbero generare anche un nuovo conflitto tra Corti europee e nazionali di cui non beneficerebbe proprio solo il processo di integrazione europea, visto anche il precedente tedesco del caso *Weiss* (BVerfG, sent. 5 maggio 2020, 2 BvR 859/15) e le implicazioni che ne conseguono. Ancor di più ciò sarà vero se l’Ad. Pl del Consiglio di Stato dovesse non riconoscere la doverosità della disapplicazione da parte anche degli enti territoriali di leggi statali e regionali che dispongono la proroga automatica, illegittima per il diritto dell’Unione perché già contraria al diritto primario (art. 49 TFUE), non solo rispetto a quanto enunciato nella Direttiva *servizi* [Monica 2016, p. 6].

Al contempo, come evidenziato, la crisi pandemica che stiamo vivendo ha determinato l’implosione del mercato dei servizi come lo conoscevamo fino alla fine di febbraio 2020. Si impone, così, di ridefinire il contesto in cui operano sia i prestatori dei servizi, sia i destinatari. Questi ultimi hanno un ruolo sempre più di rilievo per determinare la qualità, l’appetibilità e la contendibilità stessa del servizio, grazie anche all’effetto propulsore delle tecnologie ICT. È infatti ineluttabile la capacità dei servizi della società dell’informazione di saper rendere progressivamente più trasparente e competitivo il “mercato del turismo”. La possibilità di definire *ex ante*, rispetto alla vera e propria fase di aggiudi-

cazione, dei criteri che tengano conto della qualità del servizio associata al contesto specifico locale e culturale, e siano negoziati tra le amministrazioni, gli operatori e le rappresentanze dei consumatori (quali destinatari dei servizi), potrebbe permettere di operare una selezione davvero trasparente, nonché davvero proporzionale rispetto a tutti gli interessi in gioco.

### *Bibliografia essenziale*

- S. Bastianon, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2012;
- A. Boitani, S. Colombo, *Taxi, Ncc, Uber: scontro finale o alba di coesistenza?*, «Mercato concorrenza regole», 1, 2017, pp. 61 ss.;
- M. Calcagnile, *Durata delle concessioni di servizi pubblici e regime della gestione*, «Diritto Amministrativo», 3, 2020, pp. 592 ss.;
- R. Caranta, *La "comunitarizzazione" del diritto amministrativo: il caso della tutela dell'affidamento*, «Riv. it. dir. pubbl. com.», 2, 1996, pp. 439 ss.;
- M. C. Causarano, *Le piattaforme "online" e la tutela degli utenti digitali al tempo della pandemia*, «Persona e Mercato», 4, 2020, pp. 466 ss.;
- G. Carullo, A. Monica, *Le concessioni demaniali marittime nel mercato europeo dei servizi: la rilevanza del contesto locale e le procedure di aggiudicazione*, «Federalismi.it», 26, 2020, pp. 24 ss.;
- M. Ceruti, *Le concessioni riscoprono le proprie origini nel rischio operativo: riflessioni su presente, passato e futuro dell'istituto*, «Appalti e Contratti», 11, 2016, pp. 22 ss.;
- M. Ceruti, *La procedura negoziata competitiva nel campo dei beni demaniali e pubblici, problemi di definizione, disciplina e prassi nell'ordinamento giuridico nazionale*, «Riv. it. dir. pubbl. com.», 1, 2018, p. 27 ss.;
- M. Conticelli, *Il regime del demanio marittimo in concessione per finalità turistico-ricreative*, «Riv. trim. dir. Pubbl.», 4, 2020, pp. 1069 ss.;
- A. Cossiri, *La proroga delle concessioni demaniali marittime*, «Federalismi.it», 14, 2016, pp. 23 ss.;
- M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative: aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, Jovene, 1981;
- L. Di Giovanni, *Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga ex lege*, «Riv. it. dir. pubbl. com.», 3-4, 2016, pp. 912 ss.;
- F. Di Porto, *Dalla convergenza digitale-energia l'evoluzione della specie: il consumatore «iper-connesso»*, «Mercato Concorrenza Regole», 1, 2016, pp. 59 ss.;
- F. Gaffuri, *La disciplina nazionale delle concessioni demaniali marittime alla luce del diritto europeo*, «Rivista Ceridap», 29 luglio 2021;



- D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di "spill over" negli ordinamenti nazionali*, «Nuove autonomie», 2005, pp. 541 ss.;
- D.U. Galetta, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione Europea: Paradise Lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, Giappichelli, 2009;
- EU Parliament, *Vulnerable Consumers*, <[https://www.europarl.europa.eu/thinktank/it/document.html?reference=EPRS\\_BRI%282021%29690619](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/it/document.html?reference=EPRS_BRI%282021%29690619)>, 21 maggio 2021;
- A. Giannelli, *Concessioni di beni e concorrenza*, Napoli, Ed. Scientifica, 2017;
- M. Klamert, *The Services Directive: Innovation and fragmentation, in Services Liberalization in the EU and the WTO: Concepts, Standards and Regulatory Approaches*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 174 ss.;
- B.G. Mattarella, *Procedimenti e atti amministrativi*, in M. P. Chiti (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, II ed., Milano, Giuffrè, 2018, pp. 145 ss.;
- A. Monica, *I regimi di autorizzazione e la libertà di circolazione dei servizi nel mercato unico dell'Unione europea*, in D. U. Galetta (a cura di), *Diritto Amministrativo nell'Unione europea: argomenti e materiali*, II ed., Torino, Giappichelli, 2020, pp. 207 ss.;
- A. Monica, *Stessa spiaggia stesso mare? Scadenze dei titoli concessori e indicazioni della "scienza" per un'estate in "emergenza"*, «Rivista Ceridap», 2, 2020, pp. 61 ss.;
- A. Monica, *L'Odissea delle concessioni demaniali marittime tra principi di libera circolazione, proroghe e interessi di categoria*, «Eurojus.it», 3 agosto 2016;
- K-P. Sommermann, C. Fraenkel-Haeberle, *L'Unione Europea come comunità di implementazione. Strategie nazionali di recepimento delle direttive europee*, «Rivista Ceridap», 2, 2021, pp. 111 ss.;
- P. Tanzarella, *L'accesso a Internet è fondamentale, ma è davvero un diritto (fondamentale)?*, «Medialaws - Rivista di diritto dei Media», 1, 2021, pp. 39 ss.;
- M. Wiberg, *The EU Services Directive: Law or Simply Policy?*, The Hague, Springer, 2014;
- J. Ziller, *Il Conseil d'Etat si rifiuta di seguire il pifferaio magico di Karlsruhe*, «Rivista Ceridap», 2, 2021, pp. 176 ss.



Anna Paiano

## Il ruolo dell'amministrazione e del giudice nelle concessioni demaniali marittime: necessità di una valorizzazione

SOMMARIO: 1. Premessa metodologica – 2. Il quadro normativo di riferimento – 3. La discrezionalità dell'amministrazione nel ricorso alle procedure selettive e nella scelta dei criteri di selezione – 4. L'attività ermeneutica del giudice amministrativo rispetto ai concetti giuridici indeterminati – 5. Conclusioni

### 1. *Premessa metodologica*

Il quadro giuridico nazionale in tema di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per finalità turistico-ricreative è caratterizzato da un lungo processo di stratificazione di norme generali, settoriali e transitorie. Con particolare riferimento a queste ultime, in attesa di una compiuta riforma della materia, il legislatore italiano è intervenuto disponendo a più riprese la proroga *ex lege* delle concessioni in essere.

Sul punto, non ci sono dubbi sul fatto che l'Italia risulti inadempiente rispetto agli obblighi imposti dall'Unione Europea e, soprattutto, dalla direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno (cd. direttiva *Bolkestein*), come costantemente ribadito dalla giurisprudenza nazionale e sovranazionale.

In questa sede si daranno per assodate, per ragioni di sintesi, le questioni che hanno accompagnato tali vicende e ci si soffermerà invece sul dato normativo, al fine di offrire un ulteriore contributo al dibattito. In particolare, si approfondirà il ruolo dell'amministrazione e del giudice nella corretta interpretazione e attuazione del diritto europeo, individuando i margini di intervento consentiti a legislazione invariata.

## 2. *Il quadro normativo di riferimento*

Come noto, l'art. 12, par. 1, della direttiva 2006/123/CE prevede l'obbligo in capo agli Stati membri di ricorrere a una procedura di selezione tra concorrenti, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza, ogniqualvolta «il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili».

Primo presupposto per l'applicazione dell'art. 12, dunque, è la «scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili» che, rendendo limitato il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività, impone l'applicazione di regole e procedure competitive nella fase di accesso al mercato.

Il successivo par. 3 dell'art. 12 consente agli Stati membri, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di tenere conto «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». L'art. 4 rinvia alle ulteriori materie considerate dalla Corte di giustizia e specifica che l'elenco non può essere ritenuto tassativo.

L'art. 16 del d. lgs. 26 marzo 2010, n. 59, con cui la direttiva citata è stata recepita nell'ordinamento interno, riprende quasi pedissequamente tali previsioni.

L'attuale art. 37 del Codice della Navigazione (R. D. 30 marzo 1942, n. 327) prevede, inoltre, che in caso di concorso di più domande di concessione, l'amministrazione concedente è tenuta ad indire una procedura competitiva e a dare preferenza alla proposta di gestione che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e risponda ad un più rilevante interesse pubblico.

Sulla scorta di tale disciplina, si è consolidato l'indirizzo giurisprudenziale in base al quale grava in capo all'amministrazione l'obbligo di esperire procedure ad evidenza pubblica ogni qualvolta si debbano assegnare beni pubblici suscettibili di sfruttamento economico. In mancanza, si introduce una barriera all'ingresso al mercato, con conseguente lesione alla parità di

trattamento tra gli operatori economici, e in violazione dei principi comunitari di concorrenza e libertà di stabilimento.

Alla formazione di tale orientamento ha contribuito, in particolar modo, la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 14 luglio 2016 (cause riunite C-458/14, *Promoimpresa S.r.l.* e C-67/15, *Mario Melis e altri*), che ha ravvisato un contrasto della normativa nazionale con il citato art. 12 della direttiva servizi, nella parte in cui prevede la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative in assenza di qualsiasi procedura di selezione, nonché con l'articolo 49 TFUE, che disciplina le attività protette dalla libertà di stabilimento, nei limiti in cui tali concessioni presentino un "interesse transfrontaliero certo" [Prada 2018, pp. 45 ss.].

### 3. *La discrezionalità dell'amministrazione nel ricorso alle procedure selettive e nella scelta dei criteri di selezione*

In questa sede non si vuole evidenziare ciò che l'amministrazione può fare *ex post*, quando la violazione del diritto europeo è già intervenuta, ma valorizzarne il ruolo *ex ante*, nell'attività di interpretazione ed esecuzione del diritto comunitario, nonché di prevenzione di abusi e violazioni.

In particolare, in disparte le previsioni interne che stabiliscono la proroga o il rinnovo automatico delle concessioni in essere (tradizionalmente considerate illegittime), la disciplina vigente, come sopra esaminata, sembra accordare all'autorità amministrativa un margine di scelta in ordine all'opportunità della procedura selettiva e all'introduzione di specifici requisiti di partecipazione alla gara.

Sotto il primo profilo, è noto che il diritto dell'Unione Europea non è improntato ad uno spietato liberismo (arg. ex art. 106 TFUE in tema di servizi di interesse economico generale), ma consente, nel rispetto del dettato normativo e delle indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia, di escludere alcuni ambiti di attività dalle regole della concorrenza.

Il riferimento è alla "scarsità" del bene oggetto di concessione e, in subordine, alla sussistenza di un "interesse transfrontaliero

certo”, il cui accertamento dovrebbe essere rimesso all’amministrazione sulla base di una valutazione calibrata sulle circostanze concrete. Quest’attività valutativa è resa difficile dal fatto che manca una definizione legislativa di tali concetti, i quali, allo stato attuale, possono essere ricostruiti solo sulla base dell’attività ermeneutica del giudice, come si dirà nel seguito.

In secondo luogo, laddove l’art. 37 del Codice della Navigazione prevede che, in caso di concorso di più domande di concessione, l’amministrazione concedente è tenuta ad indire una procedura competitiva, esso non impone di procedere all’affidamento nelle forme previste per i contratti d’appalto della P.A. Esso, infatti, «contempla l’ipotesi di una domanda che perviene dal mercato privato, al contrario dell’ipotesi tipica dei contratti pubblici, in cui è invece l’amministrazione a rivolgersi a quest’ultimo» (Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2020, n. 7837).

Sicché, è vero che presupposto sufficiente affinché si applichino i principi di evidenza pubblica è «la circostanza che con la concessione di area demaniale marittima si fornisca un’occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato» (Cons. Stato, sez. VI, 31 gennaio 2017, n. 394). Tuttavia, il rispetto di tali principi generali non implica anche l’obbligo di indire una tipica procedura a evidenza pubblica.

Alla luce di ciò, è possibile affermare che, pur nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, non discriminazione, l’amministrazione conserva un margine di discrezionalità nella scelta della modalità di assegnazione dei beni demaniali marittimi. Per contro, una volta verificato che il ricorso alla gara è necessario, l’autorità competente potrebbe valutare in sede di predisposizione della singola procedura le istanze specificamente connesse a ciascuna concessione [Villamena 2010, p. 84].

Sotto tale differente profilo, la disciplina europea consente all’amministrazione, nell’ambito della procedura comparativa, di tenere conto dei vari interessi, pubblici e privati, coinvolti, come si desume dai parr. 2 e 3 dell’art. 12 citato o dal considerando 62 della direttiva servizi (al cui testo si fa rinvio). Ciò richiede un ripensamento del quadro delle garanzie previste nei confronti dei vecchi e nuovi concessionari e ne impone una valutazione congiunta [Conticelli Riv. Trim. Dir. Pubbl. 2020, p. 1069].

A livello nazionale, sebbene sia attribuita alla potestà esclusiva dello Stato la definizione della disciplina delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative [Nocerino 2020, p. 12 ss.], tale disciplina sembra lasciare spazio all'attuazione amministrativa [Conticelli Giur. Cost. 2020, p. 2482].

In particolare, la discrezionalità riconosciuta all'amministrazione emerge dalla previsione, contenuta nell'art. 37 del Codice della Navigazione, della possibilità di tenere conto delle "garanzie di proficua utilizzazione della concessione", anche in relazione ad un uso che "risponda ad un più rilevante interesse pubblico".

L'amministrazione, dunque, nell'esercizio della sua discrezionalità pura o tecnica, potrebbe operare un bilanciamento di tutti gli interessi in gioco, introducendo nei bandi criteri di selezione dei concorrenti adeguati al caso di specie, purché proporzionati, ragionevoli e tali da escludere automatismi idonei a ingenerare posizioni di favore nei confronti di taluni concorrenti.

Di tali criteri si dovrebbe dare conto all'interno del provvedimento attraverso un'adeguata istruttoria e una motivazione analitica, in modo tale da evitare censure di illegittimità da parte del giudice amministrativo, sotto il profilo dell'eccesso di potere e la violazione di legge. Dunque, purché rispetti i tradizionali canoni che presiedono all'esercizio del potere amministrativo, così come configurato dal legislatore nella materia in oggetto, difficilmente l'attività dell'amministrazione si potrebbe esporre a censure di illegittimità da parte del potere giudiziario.

Qualora si optasse per questa strada, si potrebbe ad esempio introdurre a base d'asta il valore degli investimenti [Agcm 2008]. Ancora, si potrebbe contemplare un criterio volto a valorizzare la professionalità acquisita nel settore [Lucarelli, Longhi 2018, p. 1253], come peraltro già previsto all'art. 95, comma 6, lett. e) del d. lgs. n. 50/2016. Un'altra soluzione potrebbe essere quella di considerare requisiti tecnici di sostenibilità ambientale, qualità paesaggistica, sicurezza sul lavoro.

Si tratta di possibilità previste anche dal codice dei contratti pubblici [Lipari 2007], il quale offre spunti utili in ordine alla declinazione dei principi e delle regole che presiedono alle concessioni demaniali marittime, ad esempio, in tema di predispo-

sizione dei bandi di gara, di procedure di scelta del concessionario, di criteri di selezione delle offerte, e così via [Caianello 2018, p. 2331].

Ulteriori indicazioni si possono trarre dalla giurisprudenza costituzionale. Nell'ambito della risoluzione dei conflitti fra Stato e regioni, la Corte sembra attribuire un ruolo egemone alla tutela della concorrenza (si veda il contributo di G. Di Cosimo in questo volume e la giurisprudenza *ivi* richiamata). Tuttavia, il fine ultimo delle sue pronunce non sembra tanto quello di escludere qualsiasi spazio di intervento delle regioni, ma di evitare che tale intervento incida sull'assetto concorrenziale dei mercati «in termini tali da restringere il libero esplicarsi delle iniziative imprenditoriali» (Corte Cost., sent. 24 giugno 2020, n. 161, che riprende testualmente Corte Cost., sent. 6 novembre 2018, n. 221). A titolo esemplificativo, la Corte censura la previsione di titoli preferenziali che impediscano la partecipazione di imprese diverse dal concessionario uscente o, ancora, la previsione del pagamento di un indennizzo da parte del concessionario subentrante a quello uscente, potendo esso tradursi in un disincentivo alla partecipazione alla gara.

Ciò riconferma quanto più volte detto, e cioè che l'autorità competente può dare ingresso ad ulteriori interessi nella procedura selettiva, purché per questa via non impedisca l'ingresso di altri potenziali operatori economici nel mercato, alterando il gioco della concorrenza.

In conclusione, resta ferma in capo alle autorità amministrative la facoltà di fare buon uso del potere discrezionale, nel rispetto della legge e di quanto previsto dalla giurisprudenza europea e nazionale. In tal modo, si potrebbe promuovere la tutela e la valorizzazione dei molteplici interessi esistenti e conciliare, da un lato, l'interesse alla concorrenza e alla libera circolazione dei servizi, dall'altro, la tutela dell'affidamento dei vecchi concessionari.

#### 4. *L'attività ermeneutica del giudice amministrativo rispetto ai concetti giuridici indeterminati*

La necessità di ricorso a procedure selettive, oltre ad essere prevista a livello normativo nazionale e sovranazionale, è stata



confermata dalla giurisprudenza in materia di assegnazione di beni pubblici. In proposito, come si è detto, presupposti per l'avvio delle procedure competitive sono la “scarsità” del bene affidato in concessione e, in subordine, la sussistenza di un “interesse transfrontaliero certo”.

Tali nozioni non mai state oggetto di specifico approfondimento e, tuttavia, l'opportunità di una riflessione in tal senso appare dirimente, considerato che queste condizioni costituiscono il presupposto principale affinché sorga l'obbligo per l'amministrazione di procedere all'assegnazione delle concessioni del demanio marittimo all'esito di una procedura competitiva.

La perimetrazione dell'ambito di applicazione dei requisiti in oggetto è complicata dal fatto che la “scarsità delle risorse” e “l'interesse transfrontaliero certo” costituiscono concetti giuridici indeterminati [Clarich 2019, p. 120], in relazione ai quali il margine di apprezzamento dell'amministrazione si fa più ampio.

In mancanza di un intervento chiarificatore del legislatore, che circoscriva gli spazi di valutazione e decisione dell'amministrazione, vincolandone l'attività, spetta al giudice riempire di contenuto tali clausole generali attraverso la sua attività ermeneutica. Restano, peraltro, fermi i limiti che il potere giudiziario tradizionalmente incontra nel sindacato sull'attività valutativa dell'amministrazione, sia essa di natura discrezionale pura o meramente tecnica.

Anzitutto, per quanto attiene al concetto di “scarsità delle risorse naturali”, esso non sembra essere stato oggetto di particolari attenzioni da parte della giurisprudenza, sicché è opportuno chiedersi se tale requisito debba ritenersi sempre soddisfatto in ragione delle caratteristiche e della natura dei beni demaniali marittimi. In altri termini, si dovrebbe verificare se l'assegnazione di tali beni sia idonea ad escludere alcuni concorrenti dal mercato e, in caso affermativo, se la situazione si ripeta sistematicamente e in via automatica per tutto il territorio nazionale [Agosto 2020].

Probabilmente la poca attenzione dedicata al concetto di scarsità delle risorse naturali è legata all'idea che esso sarebbe privo di utilità pratica, dal momento che tutte le risorse naturali sono presenti in numero limitato [Armenante 2020, p. 267]. In par-

ticolare, nel caso delle concessioni balneari, la naturale limitatezza dei tratti di litorale e di spiaggia sarebbe dovuta non solo alla morfologia delle coste, ma anche alla presenza di insuperabili limiti ambientali, stabiliti dai piani degli utilizzi redatti dalle amministrazioni locali sulla base dei diversi interessi che si concentrano sulla costa [Lageder 2019, p. 177].

In realtà, ritenere che tutte le concessioni balneari rispettino a priori il requisito della scarsità del bene oggetto di competizione, oltre a non lasciare spazio ad alcuna valutazione del giudice [Lenzetti 2021], non appare in linea con quanto richiesto dalla disciplina eurounitaria.

Ciò in quanto le realtà nazionali di cui si discute presentano notevoli differenze le une dalle altre, a titolo esemplificativo, in termini di luogo geografico di collocazione dei beni, valore economico della concessione, tipo di attività da svolgere [Conticelli Giur. Cost. 2020, p. 2482].

Una volta appurato che le concessioni marittime sono state rilasciate in un contesto di non scarsità delle risorse, l'autorità amministrativa deve compiere un'ulteriore valutazione basata sul criterio del cd. "interesse transfrontaliero certo".

Questa nozione, a differenza di quella di scarsità delle risorse naturali, è maturata in seno alla giurisprudenza comunitaria in materia di contratti stipulati a titolo oneroso dalle amministrazioni aggiudicatrici e non rientranti nell'ambito dei settori oggetto di armonizzazione completa [Marchegiani 2021, pp. 153 ss.].

Sul punto, un intervento della Corte di Giustizia (Grande Camera, 30 gennaio 2018, cause riunite C-360/15 e C-31/16, *Visser*) ha precisato che le disposizioni del capo III della direttiva n. 2006/123 si applicano anche a una fattispecie i cui elementi rilevanti si collochino tutti all'interno di un solo Stato membro (par. 110). Ciò sembrerebbe presupporre l'applicabilità del relativo paradigma al regime delle concessioni demaniali a prescindere da qualsiasi accertamento sulla rilevanza transfrontaliera [Armenante 2020, p. 268].

Tuttavia, occorre ricordare che la sentenza *Promoimpresa* (par. 66-67) e la giurisprudenza *ivi* citata affermano che l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo non può essere determi-

nata unicamente a partire dal valore di mercato dell'iniziativa economica, ma occorre tenere conto di tutti i criteri rilevanti [Caianello 2018, p. 2326], quali l'importanza economica della convenzione (tale interesse potrebbe essere infatti escluso nell'ipotesi di affidamenti di valore economico molto limitato, cfr. Corte di Giustizia, Sez. V, 15 maggio 2008, *Secap*, C-147/06 e C-148/06, par. 31), il luogo della sua esecuzione (l'affidamento dovrebbe cioè riguardare un luogo idoneo ad attrarre l'interesse di operatori esteri, cfr. sent. *Secap* cit., par. 24) o le sue caratteristiche tecniche [Nesi, Righi 2016].

Venendo a mancare tali indici, non vi sarebbe alcun interesse transfrontaliero certo tale da vincolare l'amministrazione a disporre che un dato affidamento venga disposto previo espletamento di una procedura ad evidenza pubblica.

In conclusione, il giudice amministrativo, in sede di sindacato sull'attività delle autorità pubbliche, dovrebbe contribuire a delineare la corretta definizione dei concetti di "scarsità delle risorse naturali" e "interesse transfrontaliero certo" e, in un momento successivo, l'amministrazione dovrebbe farne corretta applicazione, secondo le direttive risultanti dalla giurisprudenza.

Ciò appare sufficiente ad affermare che esiste un margine di intervento che consente, a legislazione invariata, di rimediare almeno in parte alla proroga automatica delle concessioni demaniali marittime. Da un lato, infatti, la corretta individuazione dell'ambito di applicazione della disciplina attraverso l'interpretazione del giudice consente di dare maggiore certezza agli operatori del settore, riducendo il rischio di contenzioso. Dall'altro lato, tramite un uso intelligente e accorto della discrezionalità amministrativa è possibile verificare i presupposti di ricorso alla gara, nonché dare ingresso all'interno della procedura a diverse istanze di tutela, rimanendo nei limiti del rispetto delle norme comunitarie.

## 5. Conclusioni

La disciplina delle concessioni demaniali marittime è questione dibattuta e, ad oggi, ancora irrisolta. La soluzione qui proposta vuole fare leva sull'attività discrezionale dell'amministrazione,

nonché su quella di interpretazione del giudice, quali elementi indispensabili a superare il regime di proroga automatica delle concessioni disposto a più riprese dal legislatore nazionale.

I ripetuti interventi legislativi in violazione della normativa europea hanno, infatti, impedito all'amministrazione e al giudice di valorizzare il testo delle norme vigenti e di concentrarsi su temi che non fossero quelli della proroga o del rinnovo automatico delle concessioni in essere (oltre a precludere agli operatori economici potenzialmente interessati ogni possibilità di ottenere l'assegnazione di aree demaniali all'esito di procedure trasparenti e non discriminatorie).

In ragione di ciò, si propone di adottare un sistema che consenta di compiere scelte ponderate in relazione alle diverse circostanze concrete, recuperando un margine di discrezionalità nell'attività amministrativa che abbia ad oggetto sia la scelta per la procedura selettiva, sia la definizione dei criteri di selezione.

A tale intervento amministrativo dovrebbe corrispondere un'attività giurisdizionale ermeneutica equilibrata, che definisca il perimetro entro cui può muoversi la discrezionalità dell'amministrazione e ponga fine all'incertezza che caratterizza il regime delle concessioni balneari.

Questa soluzione consentirebbe di tenere in adeguata considerazione eventuali motivi di interesse generale (possibilità consentita dalla disciplina sovranazionale nei limiti specificati), coniugando le esigenze di tutela della professionalità e dell'investimento dei concessionari con le specificità dei vari contesti territoriali e la concorrenza, attraverso un'attività di bilanciamento tra i principi di proporzionalità, ragionevolezza e parità di trattamento.

Nel rispetto di queste coordinate, le scelte che rimettono all'amministrazione e al giudice la scelta ottimale per l'affidamento delle concessioni appaiono compatibili con l'ordinamento europeo.

In conclusione, per superare il regime di proroga legale delle concessioni è indispensabile un riequilibrio degli interessi coinvolti e la valorizzazione delle singole realtà costiere anche attraverso la discrezionalità amministrativa e il sindacato del giudice sull'attività dell'amministrazione.

### Bibliografia essenziale

- Agcm, *Norme in materia di demanio marittimo con finalità turistico ricreativa*, AS481, 20 ottobre 2008;
- S. Augusto, *Gli incostanti approdi della giurisprudenza amministrativa sul tema delle concessioni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative*, «Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario», 5, 2020, pp. 625 ss.;
- F. Armenante, *La non disciplina delle concessioni demaniali: dall'abrogazione dell'innaturale diritto di insistenza alle plurime e asintomatiche proroghe anticomunitarie*, «Rivista giuridica dell'edilizia», 4, 2020, pp. 261 ss.;
- L. Caianello, *Concessioni demaniali marittime fino al 2035: alcune precisazioni in ordine alle proroghe dei titoli*, «Forum amministrativo», 12, 2018, pp. 2309 ss.;
- M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2019;
- M. Conticelli, *Effetti e paradossi dell'inerzia del legislatore statale nel conformare la disciplina delle concessioni di demanio marittimo per finalità turistico-ricreative al diritto europeo della concorrenza*, «Giurisprudenza costituzionale», 5, 2020, pp. 2475 ss.;
- M. Conticelli, *Il regime del demanio marittimo in concessione per finalità turistico-ricreative*, «Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico», 4, 2020, p. 1069 ss.;
- B. Lageder, *La proroga delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali*, in D. Granara (a cura di), *In Litore Maris. Poteri e diritti in fronte al mare*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 177 ss.;
- C. Lenzetti, *Concessioni demaniali marittime: il TAR Toscana ribadisce la regola delle procedure pubbliche*, «Giustamm.it», 3, 2021;
- M. Lipari, *L'offerta economicamente più vantaggiosa*, «Urbanistica e appalti», 1, 2007, pp. 7 ss.;
- A. Lucarelli, L. Longhi, *Le concessioni demaniali marittime e la democratizzazione della regola della concorrenza*, «Giurisprudenza costituzionale», 3, 2018, pp. 1251 ss.;
- G. Marchegiani, *La proroga al 2033 delle concessioni balneari nell'ottica della procedura d'infrazione avviata dalla Commissione europea*, «Urbanistica e Appalti», 2, 2021, pp. 153 ss.;
- E. Nesi, R. Righi, *Osservazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sez. v, 14 luglio 2016, in c-458/14 e c-67/15, con particolare riferimento ai suoi effetti sui rapporti concessori in atto*, «GiustAmm.it», 11, 2016;
- A. Nocerino, *La più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale in tema di concessioni demaniali marittime*, «Rivista italiana di Diritto del turismo», 28, 2020, pp. 12 ss.;

- F. Prada, *Proroga ex lege della durata delle concessioni demaniali marittime: tra diritto europeo e nazionale*, «Rivista italiana di Diritto del turismo», 22, 2018, pp. 45 ss.;
- S. Villamena, *Concessioni demaniali marittime e concorrenza (Profili ricostruttivi e modalità operative)*, in *Le concessioni demaniali marittime tra passato presente e futuro*, Padova, Exeo, 2010, pp. 86 ss.

Alessandra Camaiani

Concessioni demaniali marittime a finalità turistico-ricreativa:  
l'occasione definitiva per la tutela dei beni comuni

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive – 2. Il bene comune come alternativa all'applicazione della Direttiva *Bolkestein* – 3. Pratiche di sussidiarietà orizzontale: la gestione partecipata. Un bene comune al servizio del bene comune – 3.1. Criteri di selezione delle proposte civiche – 4. Il principio di concorrenza e i servizi alla persona – 5. Conclusioni

### 1. *Considerazioni introduttive*

Come è noto, la cornice normativa delle concessioni demaniali marittime a finalità turistico-ricreativa è incerta.

Costretta in una rapsodica tripartizione, distinguendosi in disciplina euro-unitaria, nazionale e regionale, si accompagna a un altrettanto caotico dibattito giuridico, interamente incentrato, però, su un'unica e discutibile prospettiva.

Sovente, infatti, ci si sofferma sui rapporti tra gli ordinamenti, focalizzandosi sulla prevalenza del diritto dell'Unione rispetto a quello nazionale incompatibile, e s'invoca l'applicazione diretta della Direttiva Servizi, che, secondo un'opinione diffusa, è *self-executing*.

La soluzione auspicata dai più si fonda sulla dialettica tra i principi di trasparenza e concorrenza, ritenuti la chiave risolutiva dell'armonizzazione tra legislazioni multilivello, da coordinare e bilanciare con la tutela degli investimenti e della certezza del diritto, radicati invece nella prospettiva interna, particolarmente nel cosiddetto "diritto di insistenza".

In tal modo, tuttavia, non si tiene nella dovuta considerazione il perimetro applicativo della *Bolkestein*, concernente servizi

d'interesse economico generale ove, a ben guardare, non si iscrive il lido.

La sua natura giuridica pare essere, piuttosto, quella di un bene comune e dunque l'invocata riforma legislativa si rivela occasione utile per impostare il ragionamento intorno all'*in sé* del bene: *de iure condendo*, positivizzare i beni comuni significa ripensare le categorie giuridiche dell'ordinamento, nonché individuare criteri diversi da quelli dettati dalla Dir. n. 123/2006 per disciplinarne l'affidamento, dal momento che la norma non trova attuazione in tal caso.

Come li definiva la proposta di riforma al codice civile della Commissione Rodotà [Comm. sui Beni Pubblici, DM 21 giugno 2007], infatti, i comuni sono beni ontologicamente atti a soddisfare diritti costituzionali primari; si tratta di *res* che esprimono utilità funzionali all'esercizio di diritti fondamentali, nonché al libero sviluppo della persona.

Come tali, richiamano schemi di fruizione lata e diffusa, individuando un sistema inclusivo, che ne garantisce l'accesso senza configurare alcuno *ius excludendi* in capo al proprietario, pubblico o privato che sia.

La loro disciplina, ove introdotta, integrerebbe uno strumento di reazione avverso alla preoccupante tendenza liberalizzante che interessa attualmente il demanio come altri beni pubblici.

Si registra, in effetti, un fenomeno di truffa delle etichette per il quale, nonostante l'espunzione formale dall'ordinamento della procedura dettata dall'art. 37, comma secondo, del codice della navigazione, la concessione protratta *sine die* – mediante il ricorso a rinnovi in sequenza – rinsalda il possesso del bene nelle mani del concessionario attuale, finendo per atteggiarsi a intollerabile forma di privatizzazione di fatto.

Tant'è che, come efficacemente sostenuto in dottrina, in materia di concessioni demaniali marittime, il ruolo dell'amministrazione è concepito come *vacuo*, essendo la gestione interamente devoluta ai privati, mediante una delega di funzioni assoluta, che assume le sembianze di un disarmo del potere pubblico [Lucarelli 2013, pp. 32 ss.].

Il presente studio intende reagire a questa tendenza, proponendo una soluzione innovativa, che recupera una diretta attivazione della Pubblica Amministrazione, annoverando i lidi nella



categoria dei *commons* e astraendoli, così, dalla regolamentazione commerciale.

La gestione suggerita è partecipata: fermo il potere di controllo in capo all'Amministrazione, che ne monitora il corretto andamento, interessandosi specialmente alla tutela dell'ambiente e del paesaggio, è affidata – attraverso gare pubbliche – a gruppi, associazioni o collettivi di cittadini dotati di un saldo e oggettivo legame territoriale.

Se tanto concerne la gestione del bene, la soluzione prospettata ne tiene distinta la concessione di servizi alla persona. Questi non attengono al bene, ma solo vi insistono sopra, determinandosi così una scissione tra gestione del lido e gestione dei servizi offerti *sul* lido. Si tratta di una concessione-non concessione reale su cui idealmente poggia una concessione in senso stretto di servizi.

A tale livello ben può trovare applicazione la Direttiva, dovendo le concessioni per servizi alla persona (come la ristorazione, le attività ludiche o, in senso più ampio, le accessorialità balneari) essere affidate agli operatori di mercato secondo i criteri di concorrenza e con procedure ad evidenza pubblica, stante la loro natura di servizi a sicuro interesse economico.

Sulla scorta della presupposta introduzione della categoria giuridica dei beni comuni, si può quindi prospettare un piano di intervento normativo, in questa sede tratteggiato nelle sue linee essenziali.

## *2. Il bene comune come alternativa all'applicazione della Direttiva Bolkestein*

Secondo la Dir. n. 123/2006, qualora il numero delle autorizzazioni disponibili per un dato servizio sia limitato a causa della scarsità delle risorse naturali, s'imporrebbe l'evidenza pubblica nella selezione dei candidati alla gestione. Il titolo ottenuto in esito alla gara sarebbe, in tal modo, rilasciato per una durata limitata, senza possibilità di rinnovo automatico né prelazioni di alcun tipo per il prestatore uscente (art. 16 Dir. 123/2006).

Il palese contrasto del diritto interno con il predetto dettato normativo, laddove, come accennato, consolida il controllo del

demanio marittimo nelle mani degli attuali concessionari fino al 2033 (*ex* L. 145/2018), può modularsi modificando l'ottica da cui analizzare la questione.

Per espressa previsione della disciplina europea, infatti, la *Bolkestein* trova applicazione solo con riguardo ai servizi prestatati dietro corrispettivo economico (SIEG), mentre quelli d'interesse generale (SIG) ne sono esclusi (considerando 17).

Questi ultimi, in particolare, non economici o sociali, sono basati – e quindi erogati – sulla scorta dei principi di solidarietà e accesso paritario; esempio paradigmatico della categoria sono i servizi pubblici, soprattutto essenziali.

Occorre, pertanto, soffermarsi sull'oggetto della concessione demaniale marittima, finendo per escluderne la sussunzione nel perimetro della norma sopranazionale.

I lidi del mare, invero, sono beni a natura pubblica, annoverabili tra le *res communes omnium*, e ciò li svincola da modelli di gestione compiuti secondo le regole concorrenziali, che sistematizzano il rapporto giuridico bene-persona entro i gangli escludenti della privatizzazione. I *commons* guidano la disciplina da adottare e, ponendosi in rapporto d'incompatibilità col paradigma proprietario, tipico del capitalismo cui idealmente rinvia il principio di concorrenza, impongono la scelta di sistemi d'affidamento diversi dalla concessione amministrativa.

Spingendosi più oltre, il bene comune doppia la titolarità e reclama un servizio pubblico di tipo sociale, che esiste soltanto in una relazione qualitativa con gli individui, i quali non hanno il bene, ma ne sono partecipi [Mattei 2011, p. 52]; tutti, parimenti.

Nonostante difetti attualmente una base giuridica espressa, va dato atto di come tale rilevante omissione possa ritenersi, in qualche modo, superata dal saldo riconoscimento che la Corte Costituzionale e la Cassazione a Sezioni Unite hanno compiuto dei beni comuni.

Abbandonando la dicotomia tra beni pubblici e privati, le Corti hanno riconosciuto un terzo genere di relazione reale, fondata sulla funzione del bene più che sulla proprietà (Cass. SSUU n. 3665 del 24 novembre 2010, seguita da Corte Cost. n. 24 del 12 gennaio 2011).

Laddove il bene comune garantisce l'effettività dei diritti fondamentali, rendendoli fruibili a tutti i consociati, va iscritto in un

novero giuridico diverso dal demanio, entro la nuova, ma antica, prospettiva dell'appartenenza collettiva [*pass.*, Grossi 2019].

Le Corti hanno fissato alcuni principi in materia, legandone la tutela alla protezione della personalità umana e al suo corretto sviluppo, oltreché alla garanzia irrinunciabile per le generazioni future.

Soprattutto in questa parte, se si accoglie la formulazione offerta dalla Commissione Rodotà, per cui la salvaguardia dei beni comuni dovrebbe avvenire anche a beneficio delle generazioni future, appunto, l'oggettività giuridica della protezione bene-comunista si pone in ontologico contrasto con una loro gestione orientata al mercato, che funzionalizza tutto al lucro.

Stante l'esauribilità della risorsa, invero, ove non diretta alla sola prevenzione e precauzione nei riguardi degli interessi dei posteri, la gestione non li garantirebbe.

Pertanto, anche laddove lo Stato non voglia farsene un carico diretto, si dovrebbe ricorrere a regole pubblicistiche e non di diritto privato, apparendo anzi preferibili modelli di gestione partecipata a livello locale, in omaggio al principio di sussidiarietà orizzontale.

### *3. Pratiche di sussidiarietà orizzontale: la gestione partecipata. Un bene comune al servizio del bene comune*

Recuperato il lido entro i beni comuni e chiarito che la materia delle concessioni demaniali marittime non costituisce oggetto della Direttiva Servizi, allo Stato spetta decidere come improntare la gestione del bene.

*De lege ferenda*, appare suggeribile non svolgerla direttamente per mano pubblica, ma introdurre un regime attuativo del principio di sussidiarietà orizzontale, enunciato al comma 4 dell'art. 118 Cost.

Come noto, tale principio si sostanzia nel *favor* dell'ordinamento verso l'iniziativa autonoma dei cittadini, singoli o aggregati, nello svolgimento di attività di interesse generale. Non ha solo un'accezione giuridica, ma è al contempo un principio di filosofia sociale, a mente del quale il pubblico interviene ad

aiutare in maniera suppletiva le membra del corpo sociale, non già a distruggerle e assorbirle [S.S. Pio XI, Quadragesimo anno, 1931-1946].

Stante il dettato costituzionale, la sussidiarietà è ritenuta da attenta dottrina norma precettiva [Arena 2006, p. 62], quindi direttamente incidente nelle modalità concrete di gestione dei beni e dei servizi pubblici: i cittadini assumono un ruolo fondamentale, rendendosi parte attiva, insieme alle amministrazioni, entro uno schema di affidamento delle funzioni che lascia loro svolgere l'attività di cura del bene sotto il costante monitoraggio dell'Ente.

Sono, perciò, gli strumenti pattizi le forme più efficienti di gestione coordinata. Si pensi, in particolare, ai negozi di confine tra l'appalto e la concessione, come il partenariato pubblico privato, di cui è specie quello sociale, denominato baratto amministrativo (art.190 D.lgs. n. 50/2016) o i contratti di disponibilità (art.188 ccp).

La sussidiarietà, pertanto, allorché consente ai *cives* di partecipare alle attività di interesse generale, è criterio di misura del potere e, adeguando il rapporto tra azione pubblica e privata, lo pone al servizio dei cittadini [Gigliani 2009]. Ne deriva che il potere pubblico è legittimo laddove ne *favorisca* l'azione, essendo quindi tenuto a supportare l'attività partecipativa della cittadinanza.

Il concetto di favorire qualcosa, infatti, postula un dovere positivo, non potendosi limitare a forme di non intervento del pubblico nelle gestioni dei privati. Va respinta l'accezione negativa del *Subsidiaritätsprinzip* che tanto significa e che mal si attaglia alle peculiarità dell'ordinamento. Ivi, si è superata la tralattanza concezione sociale per cui, meramente, lo Stato non può sopprimere il domestico consorzio, che gli è logicamente e storicamente anteriore [Leone XIII, Enc. Rerum novarum, n. 10, 1891-1946]; pubblico e privato sono oggi entità contemporabili, che cooperano, rendendo virtuoso il potere grazie al carattere circolare della sussidiarietà [Arena 2003].

### 3.1 *Criteri di selezione delle proposte civiche*

Occorre ora soffermarsi sui criteri di scelta delle proposte della cittadinanza per la cura del bene comune nell'interesse collettivo.

Sebbene ordinariamente si ritenga sufficiente la presentazione dell'istanza perché il soggetto pubblico sia nel dovere di promuoverla, laddove ne pervengano molteplici, pare opportuno individuare un criterio selettivo volto a valutare la qualità soggettiva del richiedente, valorizzandola.

In tal modo, la novella renderebbe possibile tutelare un ulteriore bene comune rispetto al lido: la relazione tra oggetto e soggetto, il vincolo identitario tra luoghi e persona.

Ove si scelga tale via, l'affidatario civico deve essere selezionato mediante procedure ad evidenza pubblica, atte a prediligere quelle realtà o formazioni sociali espressive di una reale connessione coi luoghi, dotate di un comprovato legame col territorio.

Va considerato, in proposito, che le procedure di gara non si esauriscono nel principio di concorrenza, ma rispondono anche a interessi diversi, come la trasparenza. Senza legarsi a ragioni economiche, tale principio ha di mira, piuttosto, il corretto esercizio della funzione pubblica, salvaguardando l'imparzialità e la *par condicio* tra soggetti, prima che tra operatori di mercato. All'art. 15 TFUE la trasparenza è indicata, infatti, quale strumento di partecipazione della società civile, oltreché di buon governo.

Al contempo, inoltre, la gara consente di tenere conto del carattere scarso del bene, recuperando l'apparente disomogeneità della sussidiarietà, che assicura un vantaggio solo a certuni, e restituisce un trattamento equo a tutti i cittadini attivi, attraverso l'imparzialità e la trasparenza.

Accanto al bene comune reale, il lido del mare, ve n'è uno sprovvisto di realtà, che sul primo riposa e che il primo avvantaggia.

Si nota, quindi, come l'introduzione della categoria nell'ordinamento può segnare la fine della tradizionale impostazione dicotomica dei beni e mutarne il paradigma ontologico: non più solo *res* oggetto di diritti, i beni possono perdere la loro dimensione reale e porsi a un livello immateriale e meta-reale, quale è, ad esempio, la relazione storico-culturale dei cittadini con un determinato territorio. Tale fatto giuridico è idoneo a estrinsecare l'identità sociale dei singoli nelle formazioni altrettanto eco-sociali in cui agisce. Similmente, la comunità non si riduce agli

individui, ma scompaiono le barriere tra oggetto e soggetto, mentre il contesto in cui l'uomo si iscrive, cioè l'ambiente, è esso stesso bene comune. Non appare come entità statica, costretta entro la rigida realtà dei beni giuridici tradizionalmente conosciuti, ma anzi rivela una natura dinamica, interattiva tra *res*, cultura, tradizione e futuro [Mattei 2011, p. 62].

Nella soluzione offerta il *common* diviene una chiave di lettura sociale e la sussidiarietà orizzontale valorizza la partecipazione e l'iniziativa delle minoranze a vantaggio della generalità [Gigliani 2009]; sicché, mediante l'alleanza tra cittadini e amministrazione è la stessa democrazia a rinvigorirsi, mentre si soddisfa, al contempo, l'esigenza di sottrarre i beni comuni alla logica appropriativa, nonché ai circuiti circolatori concorrenziali [Iuliani 2012, p. 617].

Va chiarito che non si tratta di compiere una *délégation de service public*, sul modello francese, ma piuttosto di una restituzione alla collettività di un bene che le appartiene, nel pieno riconoscimento di quanto la collettività esprime [Rodotà 2018]. Non una concessione che esplica un rapporto fra regia pubblica e gestione privata [Pioggia 2013], ma la partecipazione diretta e il diritto democratico dell'uso delle risorse e dello spazio pubblico come luogo di espressione di bisogni autentici delle collettività, di produzione di stili di vita e di nuove economie [Rodotà 2018].

Nella politica del comune si valorizza la persona [Mattei 2015] e la collettività è chiamata a gestire il bene, sebbene si debbano mantenere in capo all'amministrazione funzioni di controllo e sanzione, laddove l'aspettativa all'efficienza naturale e spontanea del governo dei *commons*, possibile in forza delle rappresentazioni sociologiche e antropologiche bene ordinate nel manifesto dei beni comuni [Ostrom 1990, pp. 90 ss.], traccimi in derivate patologiche o non valoriali.

#### 4. *Il principio di concorrenza e i servizi alla persona*

Si è detto che concedere in senso stretto il lido ne sacrifica la funzione di soddisfo di diritti fondamentali. Va promosso, pertanto, un meccanismo che non ne celi la patrimonializzazione,

anche se improntato a valorizzare criteri qualitativi d'affidamento, ma risolva comunque i rapporti col diritto dell'Unione.

Scindendo la gestione del bene da quella dei servizi, essi sì, concessi, si comprende come il supposto conflitto tra ordinamenti sia solo apparente.

Residua, invero, uno spazio applicativo importante per la Direttiva Servizi, che consente di mantenere sostanzialmente identico all'odierno il quadro gestorio dei litorali, pur salvaguardando il bene nella sua identità.

Si riesce a contemperare la necessità di tutela del bene comune, degli interessi collettivi e delle generazioni future con i bisogni turistici ricreativi, di comfort e assistenza, componendoli in un adeguato e proporzionato bilanciamento, separando la gestione della costa e la somministrazione dei servizi alla persona. Tali servizi, secondo uno schema separatista, insistono sopra al bene lido e ne sono autonomi.

Le accessorialità balneari hanno una indiscutibile oggettività economica. Sicché, come SIEG, soggiacciono pacificamente alla Dir. 123/2006.

Nell'affidamento si seguono le regole della gara pubblica, in omaggio alla concorrenzialità.

In tale prospettiva, anche la spinosa questione del conflitto di attribuzioni Stato-Regioni appare superata, in quanto la materia ricade certamente nel novero dell'art. 117, comma 2, Cost., lett. e) e, quindi, nella competenza esclusiva statale.

## 5. Conclusioni

L'erratica conduzione normativa caratterizzante le concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreativa può essere superata, come visto, astraendo la materia dallo spazio applicativo della direttiva europea.

Nella proposta nomopoietica elaborata, intendere il lido quale bene comune lo restituirebbe alla più congrua dimensione socio-giuridica.

La disciplina applicabile, non concorrenziale, sarebbe svolta secondo forme partecipate o di cogestione pubblico-privata, atte a consentire ai *cives* un uso incondizionato dello spazio pubblico.

Al contempo, sarebbe protetto e valorizzato l'ulteriore bene comune – immateriale – della conservazione del tessuto storico e culturale dei luoghi, rimettendo ai cittadini attivi la cura del lido.

La presenza *armata* dell'istituzione, che riserva a sé funzioni di controllo e tutela di territorio e paesaggio, porrebbe il bene al riparo dal rischio di speculazioni praticate in suo danno. Altrettanto, gli investimenti e gli operatori di mercato non resterebbero privi di garanzie, essendo mantenuti i medesimi servizi d'oggi, solo in forme più rispettose della fruibilità diffusa che spetta al bene comune, nel corretto bilanciamento degli interessi in gioco.

Ridurre la questione delle concessioni demaniali marittime al nodo dell'applicazione della *Bolkestein* significa mitizzare la concorrenza e far prevalere l'interesse privato su quello pubblico, solo eventualmente coincidente col primo, incanalando il bene nel regime proprietario e perdendone di vista la funzione sociale.

La stessa CGUE, nella nota sentenza *Promoimpresa e Melis*, aveva assegnato un margine di apprezzamento agli Stati circa l'oggetto delle concessioni, potendo il legislatore valicare l'interesse transfrontaliero certo, annoverando il bene tra le *res extra commercium* [Mazza, in Lucarelli-De Maria-Girardi 2021, p. 61].

Valga, inoltre, considerare che le politiche sociali possono modulare anche la disciplina della concorrenza per espressa previsione del legislatore sopranazionale (art. 12, comma 3 Bolk.), rivelandone il carattere non assoluto; dacché, è legittima una legge che tuteli interessi collettivi, astraendo la materia dallo spazio applicativo della Direttiva.

In tal modo, si attrarrebbe al comma 3 dell'art. 117 Cost., circa il governo del territorio, oggetto di legislazione concorrente, col definitivo abbandono del richiamo alla concorrenza, invece a competenza esclusiva statale.

I territori tornerebbero a giocare un ruolo chiave nella gestione dei lidi, potendo immaginare un connubio normativo tra effetto devolutivo della sussidiarietà verticale (artt. 5 e 118, comma 1, Cost.) e quella orizzontale (art. 118, comma 4, Cost.), creando così forme armoniche ed efficienti di gestione e valorizzazione dei beni comuni, oltreché della cittadinanza attiva.



### *Bibliografia essenziale*

- C. Amato, *I beni comuni nell'esperienza giuridica*, Roma, Aracne, (collana "Valori giuridici fondamentali" diretta da F. D'Agostino, 6) 2014;
- G. Arena, *Cittadini attivi*, Roma-Bari, Laterza, 2006;
- F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, Marsilio, 1994;
- R. Briganti, *Dimensione costituzionale dei beni comuni tra principi, regole e prassi*, «Nomos», 2, 2019;
- E. Bruti Liberati, *Pubblico e privato nella gestione dei beni culturali: ancora una disciplina legislativa nel segno dell'ambiguità e del compromesso*, 3, Bologna, Il Mulino, 2001;
- L. Caianiello, *Concessioni demaniali marittime fino al 2035: alcune precisazioni in ordine alle proroghe dei titoli*, «Foro amministrativo», 12, 2018;
- F. Cassano, *Homo civicus*, Bari, Dedalo, 2004;
- S. Cassese, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, Giuffrè, 1969;
- V. Cerulli Irelli, *Sussidiarietà*, «Enciclopedia giuridica» (voce in dir. Amm.), 4, 2003;
- M. Ceruti, *La procedura negoziata competitiva nel campo dei beni demaniali e pubblici: problemi di definizione, disciplina e prassi nell'ordinamento giuridico nazionale*, «Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario», 1, 2018, pp. 27 ss.;
- A. Cossiri, *La proroga delle concessioni demaniali marittime*, «Federalismi», 14, 2016;
- G. Coturri, *Verso un modello evoluto di democrazia*, «Il punto di Labsus - Democrazia mista», 23 Marzo 2009, <<https://www.labsus.org/2009/03/democrazia-mista-2/>>, Luglio 2021;
- G. Coturri, *Novità e portata progressiva della sussidiarietà orizzontale nella costituzione italiana A proposito dell'art.118, ult. comma, nella revisione del Titolo V*, «Sinistra e innovazione», 9, 2003, pp. 20-26;
- M.F. Errico, *Modelli di gestione dei beni comuni: i patti di collaborazione*, «Foro Amministrativo», 12, 2019, pp. 2197 ss.;
- E. Finzi, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, in «Atti del primo Congresso nazionale di diritto agrario», Firenze, 1935, <<https://independent.academia.edu/LaBibliotecaGiuridica>>, 2018, pp. 158 ss.;
- M.S. Giannini, *I beni pubblici*, Roma, Bulzoni, 1963;
- M.S. Giannini, *In principio sono le funzioni*, «Ammin. Civile», 1, 1957, <<https://www.eticapa.it/eticapa/wp-content/uploads/2017/08/M-S-GIANNINI-In-principio-sono-le-funzioni.pdf>>, luglio 2021;
- F. Giglioni, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nel diritto amministrativo e la sua applicazione*, «Foro amm.», 12, 2009, pp. 2909 ss.;

- C.A. Graziani, *Un'utopia istituzionale*, Atti del Convegno. Macerata, 8-9 novembre 2001, Milano, Giuffrè, 2003;
- P. Grossi, *Il mondo delle terre collettive*, Macerata, Quodlibet, 2019;
- A. Iuliani, *Prime riflessioni in tema di beni comuni*, «Europa e dir. priv.», 2, 2012, pp. 617 ss.;
- S.S. Leone XIII, *Enciclica Rerum novarum*, in I. Giordani (a cura di), *Le encicliche sociali*, Roma, Edizioni Studium, 1946;
- A. Lucarelli, *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari, Laterza, 2013;
- A. Lucarelli, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, <<https://www.constituzionalismo.it/beni-comuni-contributo-per-una-teoria-giuridica/>>, 3, 2014, luglio 2021;
- F. Manganaro, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, «Diritto amministrativo» 1-2, 2014, pp. 45 ss.;
- G. Marcou, *Avant Propos*, in O. Duperon (dir.), *Les services publics locaux et la concurrence: Entre intérêt général et marché*, Paris, 2011;
- M.R. Marella, *Oltre il pubblico e il privato*, Verona, Ombre corte, 2012;
- C. Marzuoli, *Sussidiarietà e libertà*, «Riv. dir. priv.», 2005, pp. 93 ss.;
- U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, Laterza, 2011;
- U. Mattei, *Il benicomunismo e i suoi nemici*, Torino, Einaudi, 2015;
- N. Mazza, *Le autonomie territoriali e l'attuazione della direttiva Bolkestein*, in A. Lucarelli, B. De Maria, M.C. Girardi (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime*, Napoli, ESI, 2021;
- M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1966;
- L. Nivarra, *Quattro usi di «beni comuni» per una buona discussione*, «Riv. Critica del dir. Priv.» XXXIV, 2016, pp. 41 ss.;
- E. Ostrom, *Governing the commons*, Cambridge: Cambridge University Press, 1990;
- M. Renna, *Beni pubblici* (voce), in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, Vol. I, pp. 714-725;
- S.S. Pio XI, *Quadragesimo anno lettera enciclica*, in I. Giordani (a cura di), *Le encicliche sociali*, Roma, Edizioni Studium, 1946;
- A. Pioggia, *Le persone come risorsa strategica nell'amministrazione dello sviluppo sostenibile*, «Riv. it. dir. pubbl. comunit.», 5, 2002, pp. 1055 ss.;
- A. Pioggia, *L'amministrazione pubblica in forma privata. Un confronto con la Francia e una domanda: che fine ha fatto il "pubblico servizio" in Italia?*, «Diritto Amministrativo», 3, 2013, pp. 481 ss.;
- F. Pizzolotto, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, «Vita e pensiero», Milano, 1999;
- G.U. Rescigno, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, «Dir. Pubblico», 2002;

- P. Ridola, *Sussidiarietà e democrazia*, «Diritto comparato e diritto costituzionale europeo», 2010;
- S. Rodotà, *I beni comuni. L'inaspettata rinascita degli usi collettivi*, Napoli, La Scuola di Pitagora 2018;
- S. Rodotà, *Antropologia dell'homo dignus*, Lezione Università di Macerata, 2010, <[http://www.antonioacasella.eu/restorative/Rodotà\\_antropologia.homo.dignus\\_2010.pdf](http://www.antonioacasella.eu/restorative/Rodotà_antropologia.homo.dignus_2010.pdf)>, maggio 2021;
- S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, Il Mulino, 1990;
- G. Rossi, *Gian Domenico Romagnosi e la crisi dello statalismo*, «Dir. Pubbl.», 2012, pp. 1 ss.;
- A. Sandulli, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, Giuffrè, 2009;
- D. Sorace, *Servizi pubblici locali e iniziativa privata*, «Ec. Pubbl.», 1993, p. 13;
- F. Trimarchi Banfi, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, «Diritto Amministrativo», 1, 2020, pp. 3 ss.



Riccardo Palligiano

Verso la “ridestinazione collettiva” del demanio marittimo: dal principio di evidenza pubblica alla categoria dei beni comuni

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La chiave di volta del sistema: il principio di evidenza pubblica di matrice comunitaria – 3. Demanio marittimo e diritti fondamentali: verso un “bene comune”

### 1. *Premessa*

Il recente Decreto Legge del 19 maggio 2020, n. 34, ponendosi in linea di continuità con la prassi legislativa italiana avviata nel lontano 2009, ha confermato la proroga automatica delle concessioni aventi finalità “turistico-ricreative” al 31 dicembre 2033. Si tratta di una scelta politica comprensibile, ma non altrettanto giustificabile. Invero, la preoccupazione del legislatore interno si focalizza sulla necessità di salvaguardare gli interessi dei concessionari c.d. “storici”. Lo strumento della proroga automatica della concessione, infatti, consente al concessionario di far fruttare gli investimenti effettuati nell’ambito della gestione del bene demaniale.

Tuttavia, il “regime delle proroghe automatiche”, nel suo sforzo di tutelare gli interessi di alcuni, sembra sacrificare gli interessi di molti. Nello specifico, il sistema attuale risulta doppiamente pregiudizievole: nei confronti degli imprenditori interessati alla gestione, poiché – creando nella sostanza un regime di oligopolio a beneficio degli esistenti concessionari e al di fuori della logica concorrenziale – sacrifica il loro diritto a competere per l’ottenimento della concessione; nei confronti della collettività, in quanto, comportando una privatizzazione *de facto*

dei beni demaniali marittimi, comprime il diritto al “libero” godimento degli stessi.

Pertanto, sorge la necessità di intraprendere un processo di “ridestinazione collettiva” del demanio marittimo, che porti all’individuazione di un punto di sintesi tra i molteplici interessi coinvolti.

## 2. *La chiave di volta del sistema: il principio di evidenza pubblica di matrice comunitaria*

Partendo dal primo punto critico, ovvero la compressione pressoché totale della concorrenza come conseguenza delle reiterate proroghe, la soluzione non può che trovare le sue radici nell’ordinamento comunitario e, nello specifico, nella Direttiva *Bolkestein* (Direttiva 2006/123/EC del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel Mercato Interno), rimasta per lo più inapplicata dallo Stato italiano sin dal momento del suo recepimento (D. Lgs. 26 marzo 2010, n. 59). La direttiva *de qua* offre al legislatore gli strumenti per bilanciare in sede di affidamento della concessione le esigenze legate agli investimenti, facenti capo ai concessionari uscenti, con quelle apparentemente incompatibili connesse alla salvaguardia della concorrenza, facenti capo agli operatori economici interessati alla gestione del bene demaniale marittimo.

La Direttiva *Bolkestein* è diretta espressione dei principi contenuti nel Trattato sul funzionamento dell’UE (TFUE). Come evidenziato dalla Corte di Giustizia, il Trattato volge alla creazione di un “mercato unico europeo” che, sulla base dei principi della “libertà di stabilimento”, della “libera circolazione di capitali e dei servizi” e della “non discriminazione”, consenta agli operatori economici di esercitare liberamente la loro iniziativa economica sull’intero territorio europeo. Sicché, alterare il gioco della concorrenza significa rendere meramente “virtuali” le richiamate libertà comunitarie. In questo contesto soccorre la Direttiva *Bolkestein*, la quale, specificando e attuando i principi contenuti nel TFUE, fissa le regole comuni che gli Stati membri devono seguire per garantire la concorrenza nell’affidamento della concessione, con lo scopo di favorire la *par condicio* tra gli operatori economici.

Più nello specifico, l'art. 9 della direttiva in analisi – superando la tradizionale distinzione tra “autorizzazioni” e “concessioni” – prevede il c.d. “regime generale di autorizzazione”, il quale riconduce ad unità tutti gli atti dell'Amministrazione che realizzano forme di controllo *ex ante* sulle attività dei soggetti privati, e tra cui ritroviamo le concessioni demaniali marittime. In particolare, il regime richiamato include «qualsiasi procedura che obbliga un prestatore o un destinatario a rivolgersi all'amministrazione allo scopo di ottenere una decisione formale relativa all'accesso ad un'attività di servizio o al suo esercizio» (art. 4, n. 6).

Ciò ha (o meglio dovrebbe avere) importanti ripercussioni sulla disciplina delle concessioni demaniali marittime. Invero, la normativa comunitaria esige che, qualora le richieste di concessione siano più d'una ed il numero di titoli rilasciabili sia limitato per “scarsità delle risorse”, la scelta del concessionario da parte dell'Amministrazione debba avvenire all'esito di una procedura di selezione dei candidati (considerando 62).

Tramite queste prescrizioni il diritto comunitario sancisce il fondamentale principio di evidenza pubblica, il “criterio-guida” che il legislatore italiano dovrebbe seguire per la scelta del nuovo concessionario. Tale principio, infatti, non solo assicura l'esercizio della “libertà di iniziativa economica” (di cui all'art. 41 Cost.), ma consente all'Amministrazione concedente di valutare, sulla base di criteri di gara predeterminati, la compatibilità delle offerte degli operatori con la vocazione collettivistica del demanio marittimo, così da scegliere il “migliore concessionario” che garantisca il godimento diffuso del bene, mediante una valorizzazione dello stesso, a fronte di un corrispettivo congruo ed adeguato all'effettivo potenziale del bene concesso.

In altre parole, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero pervenire alla scelta del nuovo concessionario solo all'esito di una procedura competitiva basata su una valutazione comparativa delle varie offerte, tra cui rientra anche quella dell'ultimo concessionario (“attualmente” beneficiario della proroga). Ciò solo è in grado di evitare che l'amministrazione distribuisca una “occasione di guadagno” – rappresentata dalla possibilità di svolgere un'attività lucrativa sul bene demaniale marittimo – al di fuori dei criteri concorrenziali ed inibendo agli operatori eco-

nomici interessati di concorrere per l'ottenimento della concessione in scadenza.

Alla luce di quanto detto, si aspira ad una definitiva attuazione della Direttiva *Bolkestein* sull'intero territorio nazionale, in modo tale da garantire agli operatori economici l'esercizio della "libertà costituzionale di iniziativa economica".

Il necessario rispetto della normativa comunitaria passa *in primis* per il legislatore, ma coinvolge anche i restanti organi nazionali, giurisdizionali o amministrativi che siano, stante «l'obbligo per gli Stati membri "in tutte le sue articolazioni" di dare attuazione alla norma comunitaria disapplicando la norma interna in contrasto con il diritto dell'UE», come affermato dalla sentenza del Consiglio di Stato del 18 novembre 2019, n. 7874.

In merito, superabile è la tesi, recentemente avallata da una parte della giurisprudenza amministrativa di primo grado (Tar Puglia, Sez. Lecce, sentenza 15 gennaio 2021, n. 71), secondo cui la disapplicazione giudiziale della legge interna con cui si dispone la proroga risulterebbe legittima ma *inutiliter*, in quanto allo stato dei fatti non esisterebbe alcuna norma alternativa compatibile al diritto comunitario. Da un siffatto orientamento, infatti, deriva il rischio di una deresponsabilizzazione sia degli organi amministrativi che degli organi giudicanti, i quali si limiterebbero ad applicare la legge interna "non sostituibile". In realtà, il pacifico contrasto della legge interna con il diritto europeo, accertata sia a livello nazionale sia a livello sovranazionale, richiede uno sforzo maggiore soprattutto da parte degli organi giurisdizionali, tenuti a ristabilire l'osservanza delle regole poste dall'ordinamento nel suo complesso, comprensivo anche degli obblighi comunitari. Ciò vale ancor di più se si tiene conto del fatto che una norma interna applicabile esiste, e può ritrovarsi nell'art. 4 del D. Lgs. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici). L'art. 4, infatti, prevede che: «L'affidamento [...] dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica». In forza di quanto disposto dall'appena illustrato art. 4 del codice, anche per l'affidamento dei contratti



per i quali non è prevista l'applicazione della specifica disciplina di evidenza pubblica, come nel caso delle concessioni demaniali marittime, valgono i principi comunitari generali posti a tutela della concorrenza, sanciti nel TFUE e richiamati dallo stesso art. 4. Pertanto, con riferimento alle concessioni demaniali marittime, non è necessaria la previsione legislativa di regole stringenti e dettagliate nell'ambito della selezione pubblica potendo la pubblica amministrazione pervenire all'espletamento di una gara informale che rispetti i principi comunitari applicabili ad ogni contratto che genera una "occasione di guadagno" sul mercato.

Resta da superare lo scetticismo diffuso circa la compatibilità del diritto comunitario con la tutela dell'affidamento dei c.d. concessionari storici, i quali, facendo leva sui loro titoli pluridecennali, hanno spesso effettuato cospicui investimenti. È su questo punto che si concentrano le maggiori critiche attorno alla normativa comunitaria, le quali, a ben vedere, sembrano essere il frutto di una non corretta interpretazione delle norme.

Invero, la stessa direttiva *Bolkestein*, all'art. 12 ("Selezione tra i vari candidati") prevede che « [...] 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». Ciò significa che il diritto comunitario non preclude la possibilità di un "rinnovo" della concessione a favore del titolare originario, ma la subordina ad una valutazione dell'Amministrazione in sede di selezione pubblica dei candidati. In altre parole, come precisato dalla sentenza della Corte di Giustizia UE del 14 luglio 2016, la citata clausola dei "motivi imperativi di interesse generale" va interpretata nel senso di consentire all'Amministrazione concedente una «valutazione caso per caso» che, sulla base di criteri predeterminati da inserire nel bando di gara, dimostri una prevalenza dell'interesse del titolare della concessione originaria – connesso agli effettivi investimenti – rispetto alle offerte degli altri concorrenti, tale da giustificare un rinnovo della concessione.

Pertanto, può affermarsi che la procedura di evidenza pubblica assurge a “nucleo ineliminabile della tutela della concorrenza”, e l’interesse (secondario) del concessionario uscente potrà venire in rilievo solo nell’ambito della stessa selezione pubblica dei candidati, la quale rappresenta la sede più opportuna per effettuare il bilanciamento tra i molteplici interessi coinvolti; laddove, prorogare in via automatica la concessione significa sacrificare in radice le aspirazioni degli operatori economici, sulla base di un presunzione legislativa non suffragata da una valutazione effettiva, da doversi esplicitare in sede di selezione pubblica.

Nondimeno, è da respingere la tesi che, appoggiandosi sulla c.d. “valutazione caso per caso” citata dalla Corte di Giustizia dell’UE, ammette una proroga *ex lege* “specificata”, della singola concessione, la quale si risolverebbe nella pratica in una “legge-provvedimento”. Invero, la Corte di giustizia dell’UE non intende ammettere la possibilità di una proroga legislativa “specificata”, ma “solo” di evidenziare il compito dell’Amministrazione di valutare, nell’ambito della singola gara ad evidenza pubblica e sulla base di criteri predeterminati, l’affidamento maturato dal concessionario uscente.

In questa prospettiva, la soluzione allo storico problema delle concessioni balneari è indicata dal diritto comunitario che, diversamente da come si possa pensare e come emerge dalla possibilità della richiamata “valutazione caso per caso”, incentiva lo Stato membro all’esercizio della propria sovranità. Una sovranità da tempo abdicata dallo Stato italiano nel settore delle concessioni demaniali marittime, stante un regime di proroga pluridecennale che ha condotto ad una sorta di “enfiteusi” dell’area demaniale a favore dei concessionari storici, con l’ulteriore e frequente criticità della mancata riscossione dei canoni annui cui è conseguito un cospicuo “danno erariale” (come emerge dalla sentenza della Corte dei Conti n. 529/2019).

Attraverso l’applicazione del principio di evidenza pubblica, quindi, non solo si pone un argine alla “deriva anticoncorrenziale” in atto, ma si consente allo Stato di recuperare la sua funzione di amministratore del demanio marittimo. Invero, se “amministrare” significa cura dell’interesse pubblico del caso concreto

[Casetta 1987, p. 522] l'espletamento della procedura di selezione pubblica degli aspiranti concessionari costituisce il luogo in cui lo Stato, nelle sue vesti di organo amministrativo, si fa carico di ponderare i molteplici interessi che "in concreto" vengono in rilievo nell'affidamento della singola concessione. Viceversa, una proroga *ex lege* delle concessioni, prescindendo da una valutazione del caso concreto, rischia di risolversi in un'inaccettabile discriminazione che accomuna nella disciplina tutte le concessioni demaniali marittime in essere, laddove il principio fondamentale di "eguaglianza sostanziale" (art. 3, co. 2, Cost.) richiede che l'ordinamento si rapporti in maniera uguale per situazioni identiche, ma in maniera diversa per fattispecie differenti. E la differenza tra i vari titoli concessori non può che emergere nell'ambito del singolo procedimento amministrativo che, nel nostro caso, è rappresentato dalla gara ad evidenza pubblica.

Il principio di evidenza pubblica, chiave di volta del sistema, si inserisce nell'alveo della più ampia categoria della tutela della concorrenza. La stessa Corte Costituzionale concepisce quest'ultima come una «materia di rilievo costituzionale dal carattere trasversale, avendo una estensione incerta e, al tempo stesso, una funzione esercitabile su più oggetti» (Corte cost. sentenza n. 14/2004). In questa prospettiva va letta la riforma del Titolo V della Costituzione, la quale, per il tramite dell'art. 117, comma 1, lett. e), ha incluso la "tutela della concorrenza" tra le materie di legislazione esclusiva dello Stato. Come precisato dalla giurisprudenza costituzionale, si tratta di una "clausola generale di competenza" – essendo una competenza costruita finalisticamente, in funzione, cioè, dello scopo e non dell'oggetto (Corte cost. sentenza n. 283/2009) – che, in nome della necessità di garantire il rispetto della concorrenza e della libertà di iniziativa economica, consente al legislatore statale di permeare diversi spazi in astratto riservati alla competenza legislativa regionale [Buffoni 2003].

La delineata trasversalità della "tutela della concorrenza" si traduce in una trasversalità degli strumenti utilizzati per garantirla. Un chiaro esempio di questo fenomeno è, per l'appunto, il principio di "evidenza pubblica" che, facendo il suo ingresso

nell'ordinamento costituzionale italiano in virtù della previsione di cui al menzionato art. 117 Cost., diviene lo strumento principale per garantire il rispetto del diritto costituzionale di "libertà di iniziativa economica" (art. 41 Cost.) anche nel settore delle concessioni demaniali marittime.

All'esito delle riflessioni effettuate, allora, si valorizza l'opportunità di un rapporto simbiotico tra ordinamento interno e ordinamento comunitario in materia di concessioni demaniali marittime, all'interno del quale la pressione del diritto comunitario, lungi dal configurarsi come un peso per il legislatore interno, è da cogliere nella sua forza propulsiva di spinta verso il raggiungimento di interessi che, come evidenziato, lo stesso ordinamento italiano dota di rilevanza costituzionale.

### *3. Demanio marittimo e diritti fondamentali: verso un "bene comune"*

Come anticipato, il sistema attuale ha avuto effetti negativi non solo sugli imprenditori ma anche sui cittadini, che continuano a vedere compresso il loro diritto al godimento "libero" del litorale.

Il demanio marittimo ha una natura peculiare, essendo fisiologicamente destinato ad un utilizzo collettivo. Quindi, anche sotto questo profilo, risulta necessaria l'attuazione della normativa comunitaria. Tuttavia, sembra doversi chiedere uno sforzo ulteriore al legislatore interno. Infatti, se l'applicazione della Direttiva *Bolkestein* è sicuramente in grado di porre un freno al regime anticoncorrenziale, non è altrettanto certo che la stessa possa da sola assicurare il libero godimento del litorale da parte della collettività.

Per "destinare" il litorale alla comunità sarebbe, infatti, necessario non solo abbandonare definitivamente l'attuale prassi escludente – diretta in prevalenza allo sfruttamento lucrativo del demanio balneare, per giunta a beneficio esclusivo del "concessionario storico" ed al di fuori della logica concorrenziale – ma, soprattutto, abbracciare una politica includente tesa a valorizzare il bene, combinando le esigenze di tutela dell'ambiente e del paesaggio con il suo libero godimento, nei limiti

ovviamente della disponibilità oggettiva di una risorsa per natura limitata.

Non è retorico affermare che la realizzazione di quest'ultimo obiettivo aiuterebbe anche il fattore della coesione sociale perché avrebbe come risultato il recupero di quel "senso di appartenenza" del bene alla comunità, intesa nelle sue diverse componenti sociali ed economiche.

Pertanto, *de jure condendo*, si auspica che la normativa interna si proponga: da un lato, di rafforzare gli strumenti dell'evidenza pubblica, in modo da orientare l'accesso dell'imprenditoria all'utilizzo del demanio marittimo secondo paradigmi e criteri, al tempo stesso, conformi alla tutela della concorrenza ed in grado di realizzare un risultato utile per le risorse finanziarie pubbliche; dall'altro, di recuperare la nozione di "bene comune", in modo da sottrarre una parte non irrilevante del demanio marittimo allo sfruttamento economico per destinarla alla fruizione della collettività.

Su quest'ultimo aspetto giova richiamare la relazione della *Commissione Rodotà* del 2007 – promotrice della riforma delle norme del codice civile in materia di beni pubblici – secondo cui i beni comuni non s'identificano *stricto sensu* nella specie dei beni pubblici, poiché, rispetto a quest'ultimi, sono a "titolarità diffusa". La Commissione li ha definiti come «cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona, e sono informati al principio della salvaguardia intergenerazionale delle utilità».

Calando questa definizione nella categoria dei beni demaniali marittimi, si può evidenziare la stretta connessione tra il loro godimento e la sfera dei diritti fondamentali, quali il "diritto alla salute" (art. 32 Cost.), la "tutela del paesaggio e dell'ambiente" (art. 9 Cost.) [Lucarelli 2019]. In quest'ottica, l'inserimento di una parte del litorale nella categoria dei beni comuni risulta lo strumento più efficace per consentire l'affermazione in concreto di quei diritti.

Nondimeno, sottrarre parte del demanio marittimo al mero sfruttamento economico-imprenditoriale, evitando la sua concessione ai privati, consentirebbe allo Stato di discostarsi dal ruolo tradizionale di "mero proprietario" e di recuperare la sua

funzione di “amministratore-gestore” del bene, facendosi propulsore di benessere e moltiplicatore di utilità a beneficio della collettività.

### *Bibliografia essenziale*

- L. Buffoni, *La “tutela della concorrenza” dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, «Le Istituzioni del Federalismo», 3, 2003;
- F. Capotorti, *Cronaca di un’incompatibilità annunciata nel caso Pro-moimpresa: secondo l’Avvocato Generale Szpunar la Direttiva Bolkestein osta al rinnovo automatico dei diritti esclusivi di sfruttamento dei beni del demanio pubblico marittimo e lacuale in Italia*, «Eurojus.it», 7 marzo 2016;
- M. Carlin (a cura di e con la collaborazione di F. Nosella, G. Pasquale, M. Vodulich), *Concessioni demaniali marittime e lacuali. Problemi e casi pratici*, Milano, Key Editore (collana “Diritto Amministrativo e degli enti locali” diretta da V. Italia), 2019;
- E. Casetta, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 163;
- M. Condinanzi, A. Lang, B. Nascimbene, *Cittadinanza europea e libera circolazione delle persone*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 3;
- A. Cossiri, *La proroga delle concessioni demaniali marittime sotto la lente del giudice costituzionale e della Corte di giustizia dell’UE*, «federalismi.it», 14, 2016;
- S. D’Acunto, *Direttiva servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 4-5;
- L. Di Giovanni, *Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga ex lege, (Nota a): Corte giustizia UE, 14 luglio 2016, n. 458, sez. V*, «Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario», 3-4, 2016;
- F. Francario, *Il demanio costiero. Pianificazione e discrezionalità*, in Scritti in onore di Eugenio Picozza, vol. I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020;
- A. Lucarelli, *Crisi della demanialità e funzione sociale dei beni pubblici nella prospettiva costituzionale. Verso i beni comuni*, «Diritto Pubblico Europeo», 1, 2016;
- S. Prete, *Effetti dell’applicazione del principio comunitario di evidenza pubblica alla procedura di rilascio delle concessioni demaniali marittime*, «Dir. Mar.», 2007, pp. 1062 ss.;
- A.M. Sandulli, *Beni pubblici* (voce), in *Enc. Dir.*, vol. V, Milano, 1959, p. 91.

Alberto Agostini

L'adozione degli strumenti normativi del Codice dei contratti pubblici anche per le concessioni balneari. Una proposta

SOMMARIO: 1. Introduzione, *de jure condito* – 2. Un cambio di paradigma: *de jure condendo* – 2.1. L'armamentario giuridico del Codice dei Contratti – 2.1.1. Il bando di gara – 2.1.2. Il Partenariato Pubblico Privato – 2.1.3. La tutela delle PMI – 2.1.3.1. I lotti funzionali – 2.1.3.2. Gli RTI – 2.1.3.3. L'avvalimento – 2.1.4. L'offerta economicamente più vantaggiosa – 2.2. L'indennizzo per il concessionario uscente

### 1. *Introduzione*, *de jure condito*

Le dizioni “concessioni demaniali marittime” e “libero gioco della concorrenza” non sono più ossimoriche.

Tutt'altro.

Il loro accostamento è parte integrante dell'*acquis* comunitario.

Ma vi è di più.

L'applicazione generalizzata alle concessioni balneari – o «autorizzazioni» per l'esercizio di attività di imprenditoria balneare sul bene spiaggia – dei principi *pro*-concorrenziali non risponde soltanto all'obbligo formale di aderire al dettato sovranazionale.

La procedura di gara ad evidenza pubblica, per la sua struttura poliedrica, funge anche come catalizzatore per il miglior perseguimento dell'interesse pubblico, consentendo un raccordo con i più vari *desiderata* delle Amministrazioni concedenti.

Ma in che modo il legislatore delegato dovrebbe intervenire per garantire il metodo competitivo addivenendo, al contempo, ad un bilanciamento tra il ventaglio di interessi sottesi all'utilizzo del bene spiaggia?

La presente attività di ricerca si propone di fornire una risposta a tale quesito, nel tentativo di architettare un percorso teorico di prospettive di riordino.

## 2. *Un cambio di paradigma: de jure condendo*

### 2.1 *L'armamentario giuridico del Codice dei Contratti*

Nel *mare magnum* dell'ordinamento giuridico, un sicuro ancoraggio si trova nel Codice dei Contratti pubblici.

Il d.lgs. n. 50/2016 tratta – seppur incidentalmente e *de plano*, data la loro natura di contratti “attivi” – la tematica delle concessioni di beni pubblici (artt. 4 e 164), fornendo delle indicazioni che, seppur scarse, orientano l'attività legislativa (cfr. Cons. St., comm. spec., parere 1.04.2016, n. 855).

La giurisprudenza amministrativa, dal canto suo, non esclude l'applicabilità delle norme previste agli artt. 164 e ss. in tema di contratti “passivi” di concessione (da ultimo, v. T.A.R. Lazio, sez. II, 19.12.2019, n. 14586), ammettendo altresì che l'Amministrazione comunale governi la procedura di affidamento delle concessioni in esame mediante le proposizioni inserite nel Codice (Cons. St., Sez. V, 17.07.2017, n. 3502).

Inoltre un consistente indirizzo interpretativo ne avalla l'applicazione delle disposizioni sui c.d. requisiti morali, laddove non specificamente derogate da disposizioni della *lex specialis* (*ex multis*, v. T.A.R. Lazio, sez. I, 19.04.2018, n. 217).

Quanto detto si riverbera nella necessità, nella revisione della normativa, di attingere analogicamente, oltre ai principi generali (art. 4), anche ad ulteriori specifiche disposizioni del Codice.

E ciò senza il vincolo del divieto di *gold plating*.

#### 2.1.1 *Il bando di gara*

L'attuale configurazione della procedura di scelta dei concessionari si impernia sul meccanismo della stabilità delle assegnazioni e sul metodo del *first come first serve*.



Il tutto a favore degli attuali *incumbents* e a scapito dei *new-comers*.

Sicché, nonostante le letture giurisprudenziali unionalmente orientate, urge un frontale superamento del c.d. *avviso ad opponendum* contenuto nell'art. 18 reg.nav.mar. (d.P.R. n. 328/1952), che si limita a prevedere forme di pubblicità in presenza di concessioni «di particolare importanza per l'entità e per lo scopo».

Difatti, a voler utilizzare le parole del giudice amministrativo, esso si sostanzia in un «mero simulacro formale di pubblicità» (T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, Sez. I, 5.07.2017, n. 235).

Ma non solo.

Anche laddove si integrino gli estremi di tale ipotesi, i principi di pubblicità e visibilità dell'azione amministrativa sono garantiti soltanto embrionalmente (Cons. St., sez. cons., parere 3.05.2016, n. 1076).

Si ritiene altresì necessaria una specificazione dei criteri guida per la scelta del concessionario, enucleati dall'art. 37 C. Nav. nell'endiadi della «più proficua utilizzazione della concessione» e del «miglior uso nel pubblico interesse».

Tali parametri di aggiudicazione dell'offerta dovrebbero essere formulati in maniera adeguata, oggettiva e puntuale a monte del procedimento, in modo da assicurare una previa *disclosure* (v. AGCM, segnalazione AS1457 24.11.2017).

Tali asserzioni convergono inevitabilmente nella necessità di predisporre un bando di gara anche per le concessioni *de qua*, da pubblicare a livello nazionale ed europeo, trascendendone la dimensione meramente comunale.

Bando che, se in una prospettiva “esterna”, rappresenta uno strumento che rende edotti gli operatori economici della volontà di aggiudicare una commessa pubblica, in una prospettiva “interna” comporta un autovincolo che lima gli spazi di discrezionalità dell'amministrazione, disciplinando *ab origine* le modalità di scelta del concessionario.

Come sottolineato da un autorevole filone dottrinale, il legislatore potrebbe forgiare dei bandi-tipo ai fini di una maggiore omogeneità dei procedimenti, analogamente a quelli redatti per i contratti pubblici dall'ANAC [Lageder 2018, p. 180].

### 2.1.2 *Il Partenariato Pubblico Privato*

Per quanto attiene alle ulteriori formalità di procedura, un ausilio si rinviene nuovamente nel d.lgs. 50/2016, stante l'espresso richiamo da parte della Legge di Bilancio 2019 (n. 145/2018) a «schemi e forme di partenariato pubblico-privato».

Il sintagma legislativo è molto aperto e, come è noto, il partenariato pubblico privato non è suscettibile di una *reductio ad unum*, trattandosi di un istituto ontologicamente polimorfo.

Sulla scorta del rimando del legislatore delegante, è possibile mutuare norme del modello partenariale – “contrattuale” o “istituzionalizzato” – agli affidamenti delle concessioni in esame.

A mero titolo esemplificativo, come già avviene per le strutture dedicate alla nautica da diporto, si potrebbero tipizzare forme di *project financing* per la riqualificazione o la realizzazione e la successiva gestione di stabilimenti balneari *green* di ultima generazione; e ciò soprattutto in virtù dell'acquisizione del c.d. *know-how* della controparte privata già in sede di progettazione.

### 2.1.3 *La tutela delle PMI*

Il tessuto economico-sociale su cui aleggia la revisione è costituito da un compartimento balneare formato da più di 30.000 operatori economici, prevalentemente piccole e medie imprese portatrici di una marcata identità socio-culturale e di tradizione autoctona.

Il timore degli attuali imprenditori turistici è quello di essere sovrastati da grandi imprese e, stanti gli esigui limiti dimensionali, strutturali e logistici, non poter adeguatamente competere ai fini dell'accesso al rapporto concessorio, costituente il bene della vita cui è teso l'interesse dei concorrenti.

Siffatte istanze sono pienamente condivise in seno all'Unione Europea, dove è progressivamente emerso un consistente *corpus* normativo finalizzato alla tutela e alla valorizzazione delle PMI, proteso in funzione “antimonopolistica”.

Tali disposizioni sono state puntualmente recepite nel Codice dei Contratti, in cui la partecipazione delle PMI al mercato del *public procurement* assurge a baricentro del sistema.

Lo strumentario a disposizione del legislatore per stimolare l'accesso delle PMI alle fattispecie concessorie è ampio.

D'altra parte, però, il legislatore delegato dovrà prevenire fenomeni di manipolazione dell'offerta (c.d. *big rigging*), evitando che gli istituti di cui *infra* subiscano una metamorfosi in senso anti-concorrenziale.

Si pensi alle previsioni normative sul tema dell'avvalimento c.d. "a cascata", ovvero all'elaborazione pretoria sulle ATI c.d. "sovrrabbondanti" o, ancora, all'attività di *advocacy* dell'AGCM in punto di "clausole antitrust" (segnalazioni AS251 30.01.2003 e AS880 del 28.09.2011).

Si auspica quindi un attento raccordo tra le Amministrazioni comunali concedenti di tratti di spiaggia e l'Autorità Antitrust onde evitare concertazioni che depauperino il libero gioco della concorrenza.

### 2.1.3.1 I lotti funzionali

Istituto chiave per facilitare le PMI al mercato balneare è la suddivisione in lotti, che si sostanzia nell'adempimento doveroso dell'Amministrazione di frammentare la commessa pubblica.

Taluni [Monica 2013, p. 458] auspicano l'applicazione dell'art. 51 del d.lgs. 50/2016 anche per il rilascio delle concessioni balneari.

La norma in questione, esprimendo *expressis verbis* la finalità dell'accesso delle micro, piccole e medie imprese al mercato, eleva a vero e proprio principio della materia la ripartizione in lotti funzionali.

Un rafforzamento di tale proposizione è fornita dalla prevedibilità dei c.d. vincoli di partecipazione o dei vincoli di aggiudicazione, aventi la funzione di contingentare la presentazione delle offerte e l'aggiudicazione dei lotti nei confronti di singoli offerenti.

Laddove i primi agevolano la partecipazione alla gara, i secondi si collocano ad un livello di tutela superiore, giungendo sino ad accrescere le probabilità di ottenimento dell'aggiudicazione da parte delle PMI balneari.

Tali misure, tese ad evitare la potenziale desertificazione del mercato a vantaggio dei grandi investitori, possono rappresentare una delle risposte alle preoccupazioni degli operatori del settore, rendendo la domanda pienamente appetibile anche alle imprese turistico-ricreative più esigue.

### 2.1.3.2 *Gli RTI*

Su un piano diverso si collocano quegli istituti che consentono l'aggregazione temporanea tra operatori economici.

Questi, incidendo sulla sfera giuridica soggettiva dei singoli imprenditori, permettono di irrobustire l'offerta dal punto di vista qualitativo.

Per raggruppamento temporaneo di imprese si intende un rapporto giuridico tra due o più imprese, autonome ed indipendenti, avente carattere collaborativo, temporaneo e limitato, che si manifesta nei confronti dell'Amministrazione con la veste formale del rapporto di mandato collettivo speciale con rappresentanza.

La *ratio* dell'istituto poggia sull'abbattimento delle barriere di natura dimensionale ed economico-finanziaria richieste dall'Amministrazione, permettendo l'intervento di operatori economici che non avrebbero atomisticamente le capacità necessarie alla partecipazione alla procedura.

Ciò avviene attraverso il meccanismo del cumulo dei requisiti, che emerge a contrario dalla lettera dell'art. 83, comma 8, del Codice dei Contratti e dalle copiose pronunce della giurisprudenza amministrativa (*ex plurimis*, v. Cons. St., sez. V, 12.02.2020, n. 1101): salvo che la *lex specialis* non disponga diversamente, è sufficiente che sia il raggruppamento nel suo complesso a possedere i c.d. requisiti di partecipazione o di ordine speciale.

Al netto di quanto emerso, gli RTI ben potrebbero essere trasposti nella materia in esame, consentendo da un lato alle PMI di cooperare nella realizzazione del servizio turistico-ricreativo, assommando le capacità tecnico-professionali ed economico-finanziarie e, dall'altro, permettendo che non si rinunci alla propria individualità economica e giuridica.

### 2.1.3.3 *L'avvalimento*

L'avvalimento, che si concretizza in una fattispecie complessa di negozi giuridici collegati, si incunea nella direttrice inaugurata dal diritto eurounitario di tutela delle PMI.

Tale istituto risponde alle medesime esigenze delle ATI, consentendo il passaggio di potenzialità e capacità da un'impresa ad un'altra: mediante l'avvalimento un soggetto, denominato avvalente o ausiliato, ottiene da un altro soggetto, avvalso o ausiliare, i requisiti richiesti per la partecipazione ad una procedura di affidamento, "avvalendosi" come se egli stesso li possedesse.

La dottrina ne ha enucleato due forme diverse, che riflettono la dicotomia che promana dai requisiti di ordine speciale: l'avvalimento c.d. di garanzia ricorre nel caso in cui l'impresa avvalsa metta a disposizione di quella avvalente il proprio valore aggiunto in termini di solidità economica-finanziaria e di esperienza nel settore; nell'avvalimento c.d. operativo, al contrario, avviene un "prestito" di capacità tecnico-organizzative consistenti in mezzi aziendali e risorse umane per l'esecuzione della commessa pubblica.

L'estensione dell'applicazione dell'art. 89 del Codice dei Contratti pubblici all'affidamento di concessioni balneari favorirebbe le esigenze di imprenditori turistico-balneari che, in cambio di una contropartita suscettibile di valutazione economica e senza volersi aggregare, necessitano di integrare la propria offerta individuale.

### 2.1.4 *L'offerta economicamente più vantaggiosa*

La chiave di volta per costruire una procedura di gara bilanciata ed eurocompatibile è la disciplina sulla valutazione delle offerte.

Premessa la doverosa modifica dell'art. 37 C. Nav. nelle modalità di cui *supra*, i criteri di valutazione, nonché gli eventuali sub-criteri, assieme ai loro "pesi ponderali", debbono essere esplicitati a monte nella *lex specialis*, in ossequio ai principi di trasparenza, imparzialità, non discriminazione e parità di trattamento.

Come suggerito da taluni [Caianiello 2018, p. 2332], per l'affidamento si dovrebbe seguire l'esempio del novellato criterio di selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 95 d.lgs. 50/2016).

Tale criterio costituisce un *genus* duttile che permette al banditore di selezionare l'offerta migliore in base ad una valutazione multicriteria.

Applicato alle concessioni di spiagge, beni esauribili, scarsi e vulnerabili, consente di bilanciare le esigenze antropiche di valorizzazione e sfruttamento economico con le istanze di sostenibilità ambientale.

Ad avviso di chi scrive si devono tenere in conto le due *species* dell'OEPV del "prezzo o costo fisso" e del "miglior rapporto qualità/prezzo".

I criteri trovano nel Codice un'elencazione esemplificativa, che la dottrina raggruppa in tre categorie di parametri: qualitativi, strutturali-organizzativi, premiali.

Rispetto a questi ultimi, rimarchevole è la previsione del legislatore delegante di istituire un sistema di *rating* delle imprese della qualità balneare.

Volgendo lo sguardo alle peculiarità identitarie del territorio di riferimento, è possibile conteggiare nell'offerta elementi premiali quali, ad esempio, la prestazione di beni o prodotti da filiera corta (v. art. 95, comma 13).

In linea con le istanze promosse dagli attuali concessionari, le procedure selettive potrebbero altresì contemplare, sotto l'egida dei parametri strutturali-organizzativi, un sub-criterio attinente alla "professionalità maturata nel settore turistico-ricreativo".

Infine, per quanto attiene ai criteri qualitativi, particolare importanza rivestono quelli di sostenibilità ambientale.

E ciò, in particolare, per un triplice ordine di fattori.

In primo luogo, previsioni di questo tipo si innestano nel tronco degli istituti orientati alla *Gestione integrata delle zone costiere* (cfr. Protocollo di Madrid del 2008).

La GIZC, postulando l'inscindibilità tra pianificazione costiera, territoriale-urbanistica e provvedimenti di dettaglio, è teleologicamente orientata a propugnare un nuovo paradigma giuridico-amministrativo di tutela e gestione della zona costiera.

Zona costiera che assurge ad un'area polifunzionale ed eterogenea su cui si impernia un'autonoma disciplina, attraverso il quale addivenire ad una considerazione "integrata" e onnicomprensiva dei plurimi interessi in essa sottesi [Boscolo 2011; Fracchia 2010].

Sicché l'Amministrazione comunale, in sede di ponderazione comparativa tra i vari interessi sottesi all'uso del bene, dovrà rapportare l'attività concessoria con le matrici ambientali e la resilienza dell'intero segmento costiero [Jambrenghi 2018, pp. 94 ss.].

Su tale scia si potrebbe introdurre una predeterminazione del rapporto percentuale massimo tra spiagge libere e quelle in concessione, o potrebbero promuoversi meccanismi perequativo-ambientali, di matrice compensativa, tali da poter traslare le concessioni assentite e attuare una riqualificazione delle aree compromesse, soprattutto tramite azioni di ripascimento del litorale.

In secondo luogo, le istanze paesaggistico-ambientali trovano rinomata attenzione negli itinerari legislativi europei.

Posto che la trattazione evolutiva di un istituto non può prescindere da un'analisi comparativa transnazionale, deve volgersi lo sguardo alle esperienze maturate in seno agli altri ordinamenti rivieraschi per mutuarne i precetti compatibili con la tradizione giuridica nazionale [Di Lascio 2011, pp. 99 ss.].

Comuni sono le disposizioni aventi la finalità di tutela e protezione del litorale dai fenomeni naturali erosivi e dall'antropizzazione che lo affliggono.

Infine, la neo-disciplina sugli appalti pubblici "verdi" e, più in generale, il fenomeno del c.d. *Green Public Procurement*, hanno dato una nuova linfa al principio dello sviluppo sostenibile, che propugna un'economia circolare volta ad armonizzare i principi concorrenziali del mercato con la tutela dell'ambiente.

In definitiva, le procedure di affidamento di concessioni sul bene spiaggia, di prominente valenza ambientale, implicano una spiccata rilevanza dei criteri qualitativi che premino la funzionalizzazione dell'attività balneare all'attuazione dei principi di sostenibilità ambientale.

Pertanto, una parte consistente del punteggio delle offerte dovrebbe essere computata sulla virtuosità, in campo ecologico, dalle imprese turistico-ricreative.

Si pensi alla presentazione di progetti di riqualificazione ambientale e di rinaturalizzazione delle aree di sedime litoranee, ovvero all'utilizzo di fonti di energia rinnovabile.

Per quanto attiene agli stabilimenti che stazionano sul demanio, a titolo esemplificativo, potrebbe accordarsi un *favor* per le opere architettoniche formate da materiali naturali ed eco-compatibili, ovvero a strutture precarie dotate di basso impatto ambientale e paesaggistico, o ancora a manufatti ecosostenibili tali mitigare le pressioni ambientali sulle risorse costiere che derivano dal carico antropico.

## 2.2 *L'indennizzo per il concessionario uscente*

L'art. 49 C. Nav. introduce *per tabulas*, allo scadere della concessione e salvo diversa pattuizione, la devoluzione *ipso iure* delle opere non amovibili a favore dell'ente pubblico.

E ciò senza la previsione di un indennizzo nei confronti del concessionario uscente.

Un autorevole filone dottrinale [Morbidegli 2019, pp. 181 ss.], a tal riguardo, ne invoca l'illegittimità costituzionale nella parte in cui, nel prevedere l'avocazione al soggetto pubblico dei beni aziendali del concessionario, non riconosce in capo a questo alcun ristoro.

Tale orientamento si articola su tre livelli: in prospettiva di diritto interno, per irragionevole disparità di trattamento (art. 3 Cost.) rispetto a ulteriori fattispecie concessorie che fungono da *tertium comparationis*; in ottica europea, per contrasto con il principio di proporzionalità enucleato dalla CGUE (sent. *Wachauf* 13.07.1989, C-5/88 e *Laezza* 28.01.2016, C-375/14); sul piano del diritto internazionale, per violazione dell'art. 1, comma primo, del Protocollo addizionale della CEDU.

Sulla scia delle osservazioni mosse dai fautori di tale indirizzo interpretativo, taluni [Zunarelli 2019, p. 31] hanno invocato l'introduzione di un meccanismo indennitario con la finalità di compensare gli attuali operatori turistico-ricreativi della eventuale perdita subita dalla mancata aggiudicazione della concessione, fondata sul legittimo affidamento ad essi ingenerato e sull'immanente incertezza giuridica che pervade il settore (*con-*



tra, v. *obiter dicta* in Corte Cost., 7.07.2017, n. 157 e 30.05.2018, n. 109).

Ad avviso di chi scrive, la risoluzione del difficile contemperamento tra interessi opposti potrebbe essere ricercato anche attraverso la predisposizione di un sistema indennitario.

Tale ipotesi dovrebbe però essere congegnata in modo che non si traduca in una “barriera all’entrata” lesiva del principio della concorrenza per il mercato. Pertanto, dal punto di vista del *quantum*, si ritiene che non possa rivestire carattere onnicomprensivo di tutte le matrici patrimoniali, dovendosi limitare agli investimenti effettuati non interamente ammortizzati.

### *Bibliografia essenziale*

- A. Bellesi, E. Nesi, R. Righi, L. Toselli (a cura di), *Il demanio marittimo tra Stato e autonomie locali: alla ricerca di una difficile sintesi*, Roma, Aracne, 2013;
- C. Benetazzo, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell’affidamento*, «Federalismi.it», 25, 2016, pp. 1-35;
- E. Boscolo, *La gestione integrata delle zone costiere in Italia: prospettive e prime esperienze*, «Rivista quadrimestrale di diritto dell’ambiente», 1, 2011, pp. 40-78;
- L. Caianiello, *Concessioni demaniali marittime fino al 2035: alcune precisazioni in ordine alle proroghe dei titoli*, «Il Foro amministrativo», 12, 2018, pp. 2309-2333;
- A. Cossiri, *La proroga delle concessioni demaniali marittime*, «Federalismi.it», 14, 2016, pp. 1-23;
- M. De Benedetto (a cura di), *Spiagge in cerca di regole: studio d’impatto sulle concessioni balneari*, Bologna, Il Mulino, 2011;
- F. Di Lascio, *La concessione di spiaggia in altri ordinamenti*, in M. De Benedetto (a cura di), *Spiagge in cerca di regole: studio d’impatto sulle concessioni balneari*, Bologna, Il Mulino, 2011, pp. 99 ss.;
- F. Fracchia, *La gestione integrata delle coste*, «Diritto dell’economia», 4, 2010, pp. 609-622;
- D. Granara (a cura di), *In litore maris: poteri e diritti in fronte al mare*, atti del Convegno tenuto a Sestri Levante, 15-16 giugno 2018, Torino, Giappichelli, 2019;
- V.C. Jambrenghi, *L’interesse pubblico nelle concessioni demaniali marittime*, in D. Granara (a cura di), *In litore maris: poteri e diritti in fronte al mare*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 94 ss.;

- B. Lageder, *La proroga delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in D. Granara (a cura di), *In litore maris: poteri e diritti in fronte al mare*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 180 ss.;
- S. Licciardello, *Beni pubblici e generazioni future*, «Giustamm.it», 9, 2016, pp. 1-9;
- M. Magri, «Direttiva Bolkestein» e legittimo affidamento dell'impresa turistico balneare: verso una importante decisione della Corte di Giustizia U.E., «Rivista Giuridica dell'Edilizia», 4, 2016, pp. 359 ss.;
- G. Morbidelli, *Sulla incostituzionalità dell'art. 49 Cod. Nav.*, in D. Granara (a cura di), *In litore maris: poteri e diritti in fronte al mare*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 181 ss.;
- M. Olivi, *Profili evolutivi dei beni demaniali marittimi*, «Diritto Marittimo», 2, 2004, pp. 363-373;
- A. Police, *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione, atti del convegno di studi, Ville Tuscolane, 16-18 novembre 2006*, Milano, Giuffrè, 2008;
- S. Zunarelli, *Concessioni demaniali e "diritto d'insistenza" alla luce della direttiva Bolkestein*, in S. Zunarelli, N. Carnimeo (a cura di), *L'impresa balneare sul demanio marittimo*, Bari, Cacucci Editore, 2019, pp. 21 ss.;
- S. Zunarelli, N. Carnimeo (a cura di), *L'impresa balneare sul demanio marittimo*, Bari, Cacucci Editore, 2019.

Massimo Carlin

Le regole per le gare tra tutela della concorrenza e salvaguardia delle aziende insediate

La normativa comunitaria, l'orientamento consolidato della Corte Costituzionale e quello dei Giudici ordinari, la linea che si è oramai consolidata nella Giurisprudenza amministrativa (a tal riguardo risultano essenziali le due Sentenze gemelle n. 17 e n. 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, per gli aggiornamenti in ordine alle quali si rinvia alla sezione III di questo volume) rendono oramai certa ed, a mio avviso, non ulteriormente revocabile in dubbio la regola della gara ad evidenza pubblica quale strumento ordinario per il rilascio delle concessioni demaniali marittime e lacuali, tanto al momento della loro scadenza quanto in sede di prima emanazione. E ciò al fine di superare ogni ripensamento alla stagione delle "proroghe" o altre simili ritorni.

La questione fondamentale, pertanto, è quella delle regole per le gare, tanto relativamente alle modalità di indizione e alle garanzie di idonea pubblicità, quanto con riferimento ai requisiti di partecipazione, quanto ancora con riguardo ai criteri di valutazione ed agli strumenti di tutela. Altro elemento essenziale è quello relativo ai casi ed alle forme di salvaguardia delle aziende che sono insediate in demanio ed agli eventuali indennizzi da riconoscersi al Concessionario uscente per il caso in cui non risulti aggiudicatario nella gara. Un passaggio importante della Sentenza n. 18/2021 dell'Adunanza Plenaria, nel paragrafo 49 in cui si affronta la questione dei "principi che dovranno ispirare lo svolgimento delle gare" è, infatti, nei termini seguenti: «l'indizione di procedure competitive per l'assegnazione delle concessioni dovrà, pertanto, ove ne ricorrano i presupposti, essere supporta-

ta dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti, essendo tale meccanismo indispensabile per tutelare l'affidamento degli stessi».

È chiaro, peraltro, che queste tematiche vanno affrontate con norma di legge nazionale, quantomeno per ciò che riguarda i principi fondamentali che influiscono sulla concorrenza, salva una legislazione di dettaglio a livello regionale. Più volte la Corte Costituzionale, intervenendo a riguardo di leggi regionali che avevano cercato di disciplinare determinati profili delle gare o della tutela dell'Uscente, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme, in quanto le stesse intersecano la materia della "tutela della concorrenza", riservata alla legislazione esclusiva dello Stato e nella quale, dunque, le Regioni non possono emanare leggi dai possibili effetti distorsivi. Ed una norma nazionale moderna ed adeguata sul tema non esiste, dato che le scarse regole vigenti risalgono ad antichi testi legislativi, superati per impostazione e per aspetti regolati e da regolare.

Mi riferisco, in primo luogo, all'art. 37 Cod. Nav., che semplicemente pone gli obiettivi della gara ("maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione", "un uso che risponda ad un più rilevante interesse pubblico", "richieste che importino attrezzature non fisse e completamente amovibili"), ma non i criteri; o all'art. 18 Reg. Nav. Mar. che enuncia solo criteri procedurali e l'obbligo di valutazione delle proposte, ma nulla dice su come la gara debba svolgersi o essere giudicata. Mi riferisco, ancora, all'antico R.D. 1 dicembre 1895 n. 726 che, relativamente ai laghi, all'art. 10 pone la regola dei "pubblici incanti in via di aumento al canone stabilito dall'Amministrazione", evidentemente inadeguata all'attualità (fermo restando che tale R.D., a mio avviso, è stato abrogato dal "taglialeggi" di cui alla L. n. 69/2009 e s.m.i.).

Risulta dunque indispensabile una legge quadro nazionale sulle gare, che detti principi di garanzia per i beni e per le attività consentendo così di superare il rifiuto a priori della concorrenza, che è privo di futuro.

Come dicevo, talune Regioni hanno cercato di regolamentare la questione delle gare avendo soprattutto riguardo alla posizione dei Concessionari uscenti, dato che la finalità delle norme era,

all'evidenza, quella di garantire maggiormente la posizione di chi da tempo operava in arenile facendo comunque salva (almeno formalmente) l'esigenza della gara. Il caso più evidente – ripreso poi quasi testualmente da altre Regioni – è quello del Veneto che, con L.R. 16 febbraio 2010 n. 13, ha sostituito l'intero art. 54 della L.R. sul turismo n. 33/2002 prevedendo una singolare regola, così congegnata: quando sia da rilasciare una nuova concessione marittima, anche in ipotesi di “rinnovo” della precedente (ma il “rinnovo” delle concessioni era già stato abrogato alla fine del 2009 con il D.L. n. 194 che aveva eliminato dal Codice della Navigazione il “diritto di insistenza”), il Comune acquisisce dall'originario Concessionario una perizia di stima asseverata “da cui risulti l'ammontare del valore aziendale dell'impresa insistente sull'area oggetto della concessione” ed i Gareggianti diversi dall'Uscente debbono impegnarsi a versare il 90% di questo valore quale “indennizzo” nel caso in cui risultino aggiudicatari; l'impegno al versamento è sanzionato “a pena di esclusione dalla procedura comparativa”. Tale regola si accompagna(va) alla previsione, all'allegato “S/3” della L.R. sul turismo, secondo cui i “criteri di valutazione delle domande” erano costituiti da generiche descrizioni di metodo (“compatibilità generale con il complesso dei vincoli”, “compatibilità di dettaglio” con normative specifiche, “valutazione degli standard dei servizi proposti”, “piano di investimenti da effettuare”, “garanzia di sviluppo dell'economia della località”), senza tuttavia l'indicazione di parametri numerici o “pesi” tra i vari criteri che riducessero, a monte, l'ampiezza della discrezionalità amministrativa.

Questa Legge veneta è stata quasi copiata da altre Regioni, tra cui la Campania e la Toscana, che hanno emanato norme in anni successivi rispetto a quella veneta. Una disposizione simile, anche se più attenta nei contenuti visto che non lasciava al Concessionario uscente l'arbitrio sull'ammontare del “valore aziendale” cui parametrare l'indennizzo al 90%, è stata emanata dalla Regione Friuli Venezia Giulia all'art. 49 della L. R. 21 aprile 2017 n. 10.

Ebbene tutte le norme regionali precitate – salvo quella campana, autoabrogata dal Consiglio Regionale prima dell'udienza in Corte – sono state dichiarate incostituzionali con pronunce emanate tra il 2017 e il 2020. La L.R. Toscana n. 31 del 9.5.2016,

art. 2, comma 1, lett. “c” e “d”, con sentenza 7 luglio 2017 n. 157; l’art. 49 della L.R. F.V.G. n. 10/2017 con sentenza della Corte Costituzionale 30 maggio 2018 n. 109; l’art. 54 della L.R. veneta n. 33/2002 con sentenza 23 ottobre 2020 n. 222. In quest’ultima pronuncia, che espressamente richiama le precedenti citate, si legge:

il fatto, poi, che la stessa normativa dell’Unione europea consenta ai legislatori nazionali di adottare garanzie per l’ammortamento degli investimenti effettuati dal gestore uscente non permette, in sè solo, alle Regioni di alterare le modalità con cui il legislatore statale, nell’ambito della sua competenza esclusiva, ha inteso dare attuazione a detta prerogativa; né alla Regione è consentito di intervenire quando il legislatore non si sia avvalso di questa possibilità, tenuto conto che, ai fini di tale attuazione, assume rilievo il riparto costituzionale delle competenze (art. 117, quinto comma, Cost.).

Dunque, la normativa può essere solo nazionale ed oggi manca, o quantomeno manca una disciplina moderna e comunitariamente orientata; la questione delle regole di gara e della tutela degli investimenti effettuati esiste, ma solo lo Stato tali regole può dettare, almeno nei limiti in cui incidono sulla concorrenza.

Venendo, ora, alle proposte concrete ritengo sia il caso di distinguere tra le regole generali per le gare, che valgono sostanzialmente in ogni caso di confronto concorrenziale e quelle, specifiche ed eventuali, a tutela della posizione del Concessionario uscente e dell’azienda insediata in demanio.

L’intendimento di affidare un’area in concessione, o per la prima volta o a seguito di scadenza del titolo precedente, dev’essere pubblicato, almeno, all’albo *online* dell’Amministrazione ed anche sugli organi di stampa quando la concessione sia di particolare importanza per l’estensione o per l’oggetto e quindi per le “occasioni di guadagno a soggetti operanti nel libero mercato” che essa offre. Occorre un periodo di pubblicazione ed un successivo periodo per possibili osservazioni e per la presentazione delle offerte di gara, eventualmente alternative a quella del Soggetto uscente che ha chiesto nuovamente in concessione l’area. Le offerte vanno valutate, orientativamente, da una Commissione ed il criterio più congruo e soddisfacente dev’essere quello della “offerta economicamente più vantaggiosa”, ove il peso del “prezzo” o “canone” sia recessivo rispetto a quello del-

la qualità della proposta. Nel bando va indicato un termine entro cui la Commissione deve concludere i propri lavori, salvi eventuali esiti di ricorsi o sospensioni necessarie e motivate. La concessione demaniale dev'essere rilasciata entro un termine fisso rispetto alla conclusione dei lavori della Commissione e previa le garanzie e le sottoscrizioni già previste attualmente dal Codice della Navigazione e dal Regolamento della Navigazione Marittima. Queste norme devono valere tanto per le concessioni marittime quanto per quelle lacuali, salva la disciplina di dettaglio di fonte regionale, che peraltro non può derogare alle norme di principio dettate dalla legislazione nazionale. Al riguardo, ad esempio, la norma statale deve porre la regola del metodo di gara (offerta economicamente più vantaggiosa), consentendo il ricorso al criterio del canone solo quando, per le caratteristiche dell'area o dell'uso, alcun intervento di valorizzazione o riqualificazione del bene sia previsto o prevedibile, anche sulla base della disciplina urbanistica. Il prezzo, insomma, dev'essere l'eccezione, esattamente al contrario di quanto stabilisce il citato art. 10 del R.D. 726/1895 riguardo ai laghi. E le Regioni non possono modificare questa regola perchè essa attiene alla disciplina della concorrenza. Al proposito, dunque, non potrebbe essere ritenuta in tutti i casi legittima, una volta emanata la normativa nazionale di principio che qui si prospetta, la norma attualmente vigente nella Regione Veneto a riguardo delle concessioni degli spazi in acqua e a terra delle zone portuali dei comuni rivieraschi del Lago di Garda, che all'art. 20 comma 1 pone "in alternativa" il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa con quello "dell'offerta in aumento del canone di partenza".

Relativamente al "peso" delle componenti "di merito" delle offerte, cioè quelle diverse dal mero importo del canone, la norma nazionale dovrebbe individuare temi specifici che poi ogni singola Amministrazione può graduare diversamente in relazione alle caratteristiche dei luoghi, alle finalità della gestione e alle norme locali vigenti, oltre che ai vincoli eventualmente sussistenti. Questi temi specifici possono riguardare l'esperienza professionale maturata e documentata del Concorrente, il piano d'investimenti di carattere durevole con le relative garanzie, lo standard e la qualità dei servizi che vengono proposti, entro

tempi certi, nell'area e nella struttura in concessione, la gestione diretta da parte del Gareggiante e l'eventuale ricorso ai sub affidamenti per singole attività. È chiaro che nella normativa regionale di dettaglio questi criteri possono venire variamente articolati, ma deve rimanere ferma la regola nazionale che essi debbono "pesare" per almeno il 60% del complessivo punteggio da assegnarsi alla proposta.

La sussistenza di una normativa nazionale vincolante con questi contenuti garantirebbe la celebrazione di gare pubbliche eque e non discriminanti, idonee a valorizzare la qualità delle proposte e la migliore gestione del patrimonio pubblico, delle quali, pertanto, né i concessionari uscenti né gli aspiranti a sostituirli nel godimento del bene dovrebbero avere timore, in quanto informate all'unico criterio direttivo che deve valere per il demanio e cioè quello della migliore utilizzazione del bene, naturalmente nel perseguimento dell'istituzionale fine imprenditoriale che è proprio dei Gareggianti.

Tematica eventuale, ma non meno importante, anche alla luce delle fallite esperienze di normazione regionale, è quella della tutela dell'Operatore uscente e della valorizzazione delle aziende esistenti in demanio, naturalmente nella prospettiva della loro continuità. Non vi è, nel nostro Paese, una tradizione normativa che consideri "beni produttivi", costituiti normalmente in azienda, quelli insediati sul demanio per iniziativa dei Privati concessionari. E proprio per questo una tutela specifica per le aziende non è mai stata dettata, diversamente da quanto risulta ad esempio normato – sempre nel comparto turistico – a favore degli alberghi.

Che i Concessionari demaniali, però, da sempre investano ed abbiano investite importanti risorse private sulle aree pubbliche, avendo in partenza la certezza che le opere fisse sarebbero rimaste in capo all'Ente senza indennizzo (v. art. 49 Cod. Nav.), è circostanza nota e senz'altro da considerare e valorizzare. Essa, verosimilmente, è alla base della forte opposizione alle "gare", genericamente intese, che è venuta ed ancora viene dai Concessionari uscenti. Serve, pertanto, una norma che tuteli, quando ve ne sono i presupposti, le posizioni di questi Operatori, ma non disincentivi i nuovi Soggetti che aspirino ad operare in demanio.



E ciò partendo dalla consapevolezza che attualmente

la legge statale non assegna alcun rilievo alle componenti economico-aziendali dell'impresa del concessionario uscente, in caso di definizione del rapporto. Ciò vale, come si è detto, anche per il caso in cui questi abbia realizzato opere non amovibili, che in base all'art. 49 cod. nav. possono essere acquisite al demanio senza compenso o rimborso, ovvero senza oneri che gravino sul subentrante (sent. Corte Cost. n. 222/2020).

Al riguardo è significativo rilevare che una delle sentenze emanate dalla Giustizia Amministrativa dopo le note pronunce gemelle dell'Adunanza Plenaria e facendo applicazione dei principi dalle stesse dettati ha sancito che la realizzazione di investimenti inamovibili in demanio marittimo da parte dei Concessionari non può dar luogo, per ciò solo, al prolungamento della durata della concessione, ma potrà trovare adeguata protezione solo in sede di regole di gara, poiché

il fine di tutelare il legittimo affidamento dei titolari di tali autorizzazioni, in quanto consente di ammortizzare gli investimenti da loro effettuati, potrà trovare consistenza solo al momento di stabilire, secondo trasparenza e *par condicio participationis*, le regole della procedura di selezione dei candidati potenziali (T.A.R. Toscana, Sez. III, Sentenza 26 gennaio 2022, n. 79).

Ora, a mio avviso la disciplina normativa da emanarsi sul tema deve muovere dalla considerazione fondamentale circa il fatto se l'Operatore uscente abbia negoziato o conseguito, anche in termini di durata della concessione, "compensazioni" anteriori alla scadenza del titolo rispetto agli investimenti che ha effettuati.

La prima forma di compensazione è senz'altro quella della maggior durata del titolo. Dobbiamo ricordare che già con Legge 27 dicembre 2006 n. 296, art. 1, comma 253, vigente, è stato disposto che le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative «possono avere durata superiore ai sei anni e comunque non superiore a venti anni in ragione dell'entità e della rilevanza economica delle opere da realizzare e sulla base dei piani di utilizzazione delle aree del demanio marittimo predisposti dalle regioni». Dunque, la norma già consente una lunga durata in rapporto agli investimenti da operare, coerenti con la pianificazione, sicché il Concessionario non ha diritto ad alcuna ulteriore compensazione una volta che il periodo sia scaduto, visto che in sede di

rilascio ha da ritenersi logicamente che il tempo di vigenza sia stato comparato a quello di normale ammortamento degli investimenti, oltre al ritorno di un adeguato guadagno.

La seconda forma di compensazione è quella che può aversi durante lo svolgersi del rapporto e che normalmente viene concretizzata attraverso la riduzione significativa del canone base che deriverebbe dai criteri normativi vigenti. È, infatti, possibile che un Concessionario, soprattutto quando assume in gestione un bene nello stato di abbandono o di non adeguata conservazione, debba compiere degli investimenti “fissi” il cui prospettivo ammontare può venire definito in sede di disciplinare di concessione e sottratto dai canoni da versarsi, sempre entro una durata superiore all’ordinaria. Anche in questo caso, dunque, non può spettare all’Uscente alcun indennizzo aggiuntivo qualora alla scadenza del titolo non risulti ancora aggiudicatario.

La terza forma di compensazione è invece quella “a valle” della scadenza della concessione, che si verifica quando il Concessionario non risulti più aggiudicatario all’esito della gara, ma abbia compiuti degli investimenti e comunque sostenute delle spese, non ripetibili, sul bene pubblico che hanno valorizzata l’azienda che vi insiste, valorizzazione della quale beneficerà il nuovo Concessionario. Ebbene, per questa ipotesi la norma deve dettare una disciplina specifica, sostanzialmente fondata sul concetto di indennizzo a carico del nuovo Gestore dell’area, o dell’Ente pubblico se l’anticipata cessazione derivi da fatto della P.A.. Certo, non vanno ripetuti gli svarioni normativi che aveva compiuti il Veneto, poi copiati da altre Regioni, come quello di far stimare l’azienda dall’Uscente, senza alcun controllo pubblico e senza alcun criterio, obbligando poi il nuovo Gareggiante a riconoscersi debitore in anticipo di quasi tutto il “prezzo” fissato dal suo avversario in gara quale condizione per poter partecipare alla stessa. Molto più coerente e meditata pareva, come s’è detto, la disciplina della Regione Friuli Venezia Giulia, che faceva riferimento alla quota residua degli ammortamenti relativi agli investimenti, al valore commisurato all’avviamento calcolato sulla media dei redditi dichiarati negli ultimi cinque periodi d’imposta e affidava al parere di congruità di un comitato tecnico pubblico la valutazione dell’indennizzo, comunque “determi-

nato dall'Amministrazione concedente". Quella norma, come abbiamo rilevato innanzi, è stata dichiarata incostituzionale solo per il difetto di competenza normativa regionale, pur in presenza di una Regione a statuto speciale. Ma il contenuto della disposizione pare una buona base di partenza per predisporre la normativa nazionale che qui si ritiene necessaria.

È chiaro, peraltro, che il diritto all'indennizzo in capo al Concessionario uscente ed in presenza dei presupposti fattuali che si sono detti, spetta unicamente nel caso in cui la cessazione della concessione non sia dipesa da fatti addebitabili al Concessionario medesimo. L'art. 47 Cod. Nav., normalmente applicabile anche ai titoli lacuali, stabilisce infatti sei casi nei quali il titolo può venire dichiarato "decaduto" ed essi sono collegati a comportamenti non conformi alle regole e al disciplinare posti in essere dall'Operatore ("mancata esecuzione delle opere prescritte", "omesso pagamento del canone", "abusiva sostituzione di altri nel godimento della concessione" etc.). In presenza di un provvedimento di decadenza – eventualmente confermato in sede giudiziale – non potrà dunque darsi luogo ad indennizzo nemmeno se la decadenza intervenga a notevole distanza della scadenza del titolo. Questo principio, necessariamente, va stabilito nella norma nazionale.

Diverso è, invece, il discorso per quanto concerne l'estinzione della concessione per cause naturali (art. 45 Cod. Nav.), ovvero la revoca totale o parziale e la sua modifica per fatto dell'Amministrazione (artt. 42, 44 e 45 Cod. Nav.). In questi ultimi casi l'indennizzo, soprattutto quando si tratti di concessioni sottoposte ai primi due meccanismi di "compensazione" indicati in precedenza nei quali è il tempo ad equilibrare il rapporto economico, dev'essere riconosciuto, utilizzando i parametri specifici per ogni caso concreto in rapporto al periodo di effettiva durata del titolo e agli investimenti concretamente operati. Relativamente all'estinzione anticipata "per cause naturali", invece, l'indennizzo non spetterà proprio perché l'evento non è addebitabile ad alcuno.

Quelle appena esposte sono, in definitiva, alcune idee ai fini della predisposizione di una normativa, semplice, per l'affidamento in concessione dei beni demaniali con finalità turistico-ricreativa. Naturalmente possono sussistere altri temi, qui non

affrontati, parimenti o ancor più importanti, da affidare al Legislatore. Certo, una normativa di tal genere, se ben redatta, non andrà incontro a procedure d'infrazione comunitaria, o alle sensibili diversità di vedute in sede applicativa che hanno caratterizzato i noti ed oramai superati commi dell'articolo unico della L. n. 145/2018. Del resto, il futuro delle attività imprenditoriali in demanio, centrali nell'offerta turistica italiana, non riposa sulle contrapposizioni frontali, ma sulla valorizzazione delle capacità degli Operatori e sulla loro passione per la migliore cura del bene pubblico.

### *Bibliografia essenziale*

- M. Carlin (a cura di e con la collaborazione di F. Nosella, G. Pasquale, M. Vodulich), *Concessioni demaniali marittime e lacuali. Problemi e casi pratici*, Milano, Key Editore;
- G. Guzzo, L. Palligiano, *Concessioni demaniali marittime e rapporto concessorio tra esigenza di tutela del privato e salvaguardia delle norme europolitane*, <<http://www.lexitalia.it/a/2021/131316>>, 4 gennaio 2021; Redazionale, *La "buonuscita" dovuta nel Veneto al gestore "precedente"*, <<http://www.lexitalia.it/a/>>, 29 maggio 2019.

Gianluigi Ceruti, Riccardo Ceruti

## La giurisprudenza sui canoni demaniali marittimi

L'annoso contenzioso tra un'azienda balneare pertinenziale di Rosolina Mare, lungo la Costa Adriatica in provincia di Rovigo, da una parte, l'Agenzia del Demanio e il Comune di Rosolina, dall'altra, si è snodato in più controversie. Esse scaturirono dalla pretesa pubblica di elevati canoni demaniali marittimi ad uso turistico-ricreativo che, a seguito di perizie affidate a differenti Consulenti tecnici d'ufficio, furono poi tutti sensibilmente ridotti dai Giudici di merito. In questo nostro intervento illustriamo le principali questioni e problematiche giuridiche, di interesse generale per la esegesi delle norme applicabili all'intera categoria degli imprenditori balneari pertinenziali.

1. Nel 2013 l'immenso contenzioso globale in *subiecta materia* suggerì al Governo l'opportunità di ridurre le cause in corso alla data del 30.9.2013, introducendo nella legge 27.12.2013, n. 147 (legge di stabilità 2014) due disposizioni (i commi 732 e 733 dell'art. 1) che offrono ai concessionari la facoltà di definire il contenzioso relativo ai procedimenti giudiziari concernenti il pagamento dei canoni e degli indennizzi per l'utilizzo dei beni demaniali marittimi e delle relative pertinenze in due soluzioni alternative: il concessionario aveva la facoltà di corrispondere in un'unica soluzione un importo pari al 30% delle somme dovute oppure versando a rate una somma pari al 60% di quanto dovuto oltre agli interessi legali.

L'anzidetto strumento normativo di contrazione del carico giudiziario pendente viene spesso, per brevità e per comodità di riferimento (ma impropriamente), denominato «condono» (sia pure tra significative virgolette) benché la *ratio* della normativa

risulti dal dato positivo testuale della norma di cui al comma 732 dell'art. 1 della legge di stabilità 2014: «al fine di ridurre il contenzioso derivante dall'applicazione dei criteri per il calcolo dei canoni delle concessioni demaniali marittime [...]».

In proposito va applicato l'art. 12 delle preleggi del Codice Civile che è stato per il Tribunale di Venezia, nella fattispecie di cui nel seguito (ed è sempre) il caposaldo di riferimento laddove, al suo primo comma, esso detta il criterio ermeneutico-fondamentale nell'ordinamento che è quello, nella interpretazione e applicazione di una legge, di non poter attribuire alla legge stessa altro senso se non quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore. Lo Stato, nel caso che ci occupa, intendeva ridurre il contenzioso e lo ha dichiarato espressamente: questa è la *ratio* e non altra, con tutte le conseguenze e deduzioni che ne derivano, prima fra tutte l'assoluta improprietà di far riferimento alla giurisprudenza in materia di condono.

Orbene, il Tribunale ordinario di Venezia, Seconda Sezione Civile, con sentenza n. 180/2015 (Giudice monocratico: Dott.ssa Alessandra Ramon), fu chiamato a decidere su un problema di esegesi della legge di stabilità 2014 denso di conseguenze pratiche di particolare rilevanza in un procedimento di accertamento dell'entità del canone demaniale per l'anno 2010.

Nelle more del giudizio veniva approvata la legge di stabilità 2014 e l'attrice optava per la definizione del contenzioso in unica soluzione presentando, nel termine di legge, la domanda che in copia veniva depositata al Tribunale precedente.

2. L'Agenzia del Demanio sollevava *in primis* eccezione di preteso difetto di legittimazione passiva che veniva contestata dalla concessionaria sulla base della – dirimente – ragione che con il D.lgs. 112/1998 le funzioni relative al rilascio della concessione erano state attribuite alla Regione, ma la titolarità del bene demaniale marittimo rimane allo Stato che amministra i propri beni immobili tramite l'Agenzia del Demanio.

L'eccezione, che la difesa erariale ribadirà in ogni altro consimile successivo procedimento giurisdizionale, è stata sempre rigettata non soltanto dal Tribunale di Venezia nel giudizio in

argomento (cfr. citata sentenza n. 180/2015) ed anche in tutti gli altri procedimenti promossi dinnanzi allo stesso Giudice in differente composizione, ma altresì in tutti i contenziosi promossi dinnanzi ad altri Giudicanti, ordinari e amministrativi.

Per completezza di trattazione, con la sentenza n. 180/2015 il Tribunale veneziano, nella motivazione a sostegno del rigetto dell'eccezione sulla legittimazione passiva, aggiungeva che la l.r. Veneto n. 33/2002 aveva trasferito ai Comuni l'attribuzione delle funzioni relative al rilascio delle concessioni, all'accertamento e alla riscossione del canone, permanendo in capo allo Stato la funzione relativa alla determinazione dei parametri di calcolo, alla Regione la funzione relativa al rilascio della concessione e all'ente comunale quello relativo alla riscossione del canone.

Nel merito il Tribunale determinava il canone per l'anno 2010 in euro 48.715,30= sulla base di una CTU che applicava i parametri OMI, ritenuti «più consoni alla specifica destinazione d'uso della singola unità immobiliare».

L'attrice aveva chiesto che, in via principale, il Tribunale pronunciasse la cessazione della materia del contendere e, in via subordinata, accertasse per l'anno 2010 l'entità del canone demaniale nella misura di euro 30.278,59= come da perizia di parte o in quella diversa ritenuta di giustizia statuendo, infine, che, avendo la concessionaria già versato euro 29.035,42=, per effetto della domanda di definizione, nulla era più dovuto a titolo di preteso conguaglio. L'Agenzia del Demanio, dal canto suo, aveva formulato domanda riconvenzionale diretta ad ottenere il pagamento della differenza tra gli importi determinati dal Comune di Rosolina e la somma corrisposta dalla società attrice; la stessa aveva chiesto il rigetto della domanda riconvenzionale essendo stato accertato giudizialmente che il canone per l'anno 2010 ammontava ad euro 48.715,34= ed avendo la concessionaria versato l'importo di euro 29.035,42= ampiamente superiore sia al 30% del canone accertato giudizialmente sia al 30% del canone preteso dal Comune di Rosolina. E il Tribunale di Venezia, con la citata sentenza n. 180/2015 rigettava la domanda riconvenzionale dell'Agenzia del Demanio, stabilendo che nulla era più dovuto dalla concessionaria per quanto attiene al canone per l'anno 2010 avendo la stessa prodotto in giudizio la prova documentale del versamento complessivo del 30%.

3. La *vexata quaestio* che divide l'Agenzia del Demanio dalla concessionaria consiste nell'interpretazione della espressione «somme dovute» di cui al comma 732, art. 1 della legge 147/2013, che per la concessionaria sono quelle determinate con i propri provvedimenti dal Comune di Rosolina, mentre per l'Agenzia del Demanio sarebbero le somme ulteriori rispetto a quelle versate dall'attrice: in altre parole, per la concessionaria si doveva detrarre l'acconto versato, laddove invece la parte pubblica sosteneva che non si doveva tenerne conto.

Il Tribunale di Venezia, accogliendo l'assunto interpretativo della concessionaria, giudicava che la pretesa erariale «oltre a porsi in contrasto con il dato letterale della norma [...] penalizza ingiustificatamente il concessionario che ha versato all'erario di più rispetto a quello che non ha versato nulla o ha ritenuto di nulla dovere».

In tal modo ai concessionari che nulla hanno versato o nulla hanno ritenuto dovuto sarebbe sufficiente, per definire la controversia, corrispondere il 30% di quanto richiesto all'inizio dal Comune di Rosolina, mentre, in tutti gli altri casi, sarebbe necessario versare, oltre a quanto ritenuto dovuto, anche il 30% della differenza tra il preteso e il ritenuto dovuto. Così si violerebbe macroscopicamente il principio fondamentale di eguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione.

L'esegesi della normativa di riferimento compiuto dalla concessionaria ha trovato conferma nella giurisprudenza consolidata dello stesso Tribunale di Venezia con più pronunce (emesse – si noti – da differenti giudici monocratici) e non soltanto nella decisione n. 180/2015): così nelle sentenze n. 947/2015 (Giudice monocratico Chiara Campagner), n. 1699/2016 (Giudice monocratico Sandro Santinello), n. 1700/2016 (Giudice monocratico Sandro Santinello), n. 86/2017 (Giudice monocratico Gabriella Favero), n. 1887/2017 (Giudice monocratico Eugenia Italia). Nello stesso senso si è espresso anche il Consiglio di Stato con decisione n. 5244/2016 (Luciano Barra Caracciolo, Presidente, Marco Buricelli, Estensore), per il quale «non pare inutile specificare che il 30% dell'importo dovuto va commisurato all'ammontare della somma complessivamente richiesta in origine dal Comune».



E, ancora, il massimo organo di giustizia amministrativa aggiungeva:

La lettera della legge è invero univoca e fa riferimento alle somme dovute, e se per somme dovute devono intendersi le somme pretese dalla parte pubblica non si può ritenere che siano dovute somme ulteriori rispetto a quelle richieste, essendo evidente che il pagamento effettuato, pari al 30% delle somme richieste, ha prodotto l'effetto estintivo del credito dell'appellata, effetto collegato dalla legge di stabilità al pagamento spontaneo del 30% degli importi dovuti in origine.

Anche il TAR Campania, Sez. Dist. Salerno, con sentenza n. 410/2017 (Francesco Riccio Presidente, Paolo Severini Estensore) e il TAR Toscana, Sez. III, con sentenza n. 419/2016 (Rosaria Trizzino Presidente, Riccardo Giani Estensore), con argomentazioni anche esemplificative inedite, hanno ribadito che non può essere accolta la pretesa dell'amministrazione erariale. In particolare il TAR Campania, dopo aver sottolineato che la *ratio* della disposizione agevolativa è volta a favorire la definizione delle liti pendenti, ha aggiunto: «sarebbe illogico un meccanismo di calcolo del 30% delle somme dovute che evidentemente scoraggiasse, anziché favorire, il ricorso a tale rimedio, da parte di chi ha già versato somme, magari consistenti, all'ente concedente».

E ancora il TAR Campania precisa, con un esempio illuminante, la *ratio* e la corretta esegesi della legge n. 147/2013 (art.1, commi 732 e 733):

la lettura coordinata, e logicamente fondata, della norma impedisce d'assegnare, alla stessa, un significato, evidentemente volto a premiare chi non ha pagato alcunché, piuttosto che trattare sullo stesso piano tali concessionari e quelli che, invece, hanno versato al Comune parte (magari consistente) delle somme dovute. Fatta pari a 100 la debenza, se s'accetta la tesi dell'Amministrazione, ove si sia già pagato 40 si dovrebbe ancora pagare il 30% di 60, vale a dire 18, e così, in totale, si finirebbe per pagare 58; laddove, se non s'è versato nulla, potrebbe definirsi la lite pendente, con il pagamento dei soli 30 di partenza: il che è, oltre che iniquo, illogico e contrastante con il fine precipuo della norma, ovvero di deflazionare l'ingente contenzioso, sorto sull'applicazione della nuova disciplina, in tema di canoni concessori.

Dal canto suo il TAR Toscana rileva che quando il legislatore, per deflazionare il contenzioso, non può che far riferimento alle somme dovute per l'importo dei canoni relativi a ciascun

anno in contestazione; non è quindi conforme a legge escludere dal beneficio la parte del canone pagata per effetto di una rateizzazione in corso, anche per la illogica conseguenza che verrebbe a crearsi, consistente nell'attribuire un vantaggio maggiore a chi non abbia pagato alcunché rispetto a chi abbia in parte fatto fronte al pagamento del dovuto.

Sulla sentenza del Tribunale di Venezia n. 180/2015 è intervenuto il Prof. Paolo Maddalena, *ex* Giudice Costituzionale e già ai vertici della Corte dei Conti ed attuale Vice Presidente emerito della massima istituzione di garanzia istituzionale. Egli ha affermato: a) che la sentenza n. 180/2015 «costituisce una chiara, inequivocabile interpretazione, letterale e logica, dei commi 732 e 733 della legge di stabilità 2014», b) che le disposizioni anzidette hanno una «finalità deflazionistica delle pendenze giudiziarie in corso al 30.9.2013», c) che il «dovuto deve essere stabilito in base all'importo originariamente preteso dall'ente gestore (nella fattispecie, il Comune di Rosolina)».

4. Nella sola Corte d'Appello di Venezia si sono susseguite alcune sentenze agli antipodi interpretativi rispetto a quelle del locale Tribunale e di tutta la giurisprudenza amministrativa: tali decisioni ricalcano l'interpretazione data dall'Agenzia del Demanio alla norma della legge di stabilità 2014 secondo cui nel computo del 30% per la definizione del contenzioso non si dovrebbe tener conto dell'anticipo eventualmente corrisposto dal concessionario e il 30% previsto non dovrebbe commisurarsi alla somma pretesa originariamente dal Comune impositore.

Sui gravami proposti dall'Agenzia del Demanio la Corte d'Appello di Venezia si è comportata così: la Prima Sezione Civile cfr. sentenza n. 452/2020 pubblicata il 10 febbraio 2020, (relatrice la stessa Presidente Caterina Passarelli), ha rigettato l'appello del Demanio confermando integralmente la sentenza n. 180/2015 del Tribunale di Venezia con ampia motivazione sulle singole questioni e puntualizzando che è evidente la finalità deflattiva della norma (e non quella del «condono»).

Altre sentenze della stessa Seconda Sezione della Corte d'Appello di Venezia (n.ri 1658/2017 (Cinzia Balletti Presidente Estensore), 2233/2017 (Massimo De Luca Presidente Estensore),

2757/2019 (Cinzia Balletti Presidente Estensore), 549/2020 (Cinzia Balletti Presidente, Innocenza Vono Relatore), le due ultime pronunce testé indicate sono state assunte con la stessa Presidente di Sezione che è anche estensore della prima n. 2757/2019 hanno aderito alla impostazione interpretativa dell'Agencia del Demanio.

E ancora, sempre la stessa Seconda Sezione della Corte, con le decisioni n. 2915/2020 e n. 2917/2020 (Domenico Tagliatalata Presidente, Francesco Bressan Relatore) perveniva a conclusioni differenti da quelle di tutte le altre sentenze della medesima Seconda Sezione e sorrette da altre motivazioni.

Non ci sfugge che il commediografo dell'antica Roma Publio Terenzio Afro nell'opera *Phormio* scrisse *quot homines tot sententiae*.

Certamente le opinioni possono mutare da persona a persona, ma riteniamo sia ampiamente e oggettivamente condivisibile che in questo secolo ed anche prima nello scorcio del Novecento le sentenze civili e amministrative su questioni di diritto perfettamente identiche si sono totalmente differenziate, persino nell'ambito della stessa Sezione dell'istituzione giudiziaria ed altresì in contrapposizione con le pronunce delle Sezioni Unite della Corte Suprema di Cassazione o dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Il fenomeno scaturisce dallo sprigionamento di atteggiamenti che (talvolta ispirati anche inconsciamente da moti individuali extragiuridici) ledono in radice la certezza del diritto recando grave turbamento all'andamento della Giustizia e al comportamento professionale dell'avvocato il quale, specie nella quotidianità della fase consultiva extragiudiziale e prima di un parere su una eventuale controversia da instaurare, non è più in grado di orientarsi e di prestare al Cliente un consiglio ma solo di riferirgli le antitetiche opinioni che nella loro netta contraddittorietà finiscono per mortificare e vanificare la stessa funzione forense e ponendo l'utente della Giustizia amministrativa e civile in situazioni sconcertanti, confuse e dannose.

Riteniamo che in sede di riforma della Giustizia, dopo nutrite serie di decisioni totalmente contrastanti fra loro, si dovrebbe introdurre normativamente l'emanazione di un indirizzo generale, univoco e cogente specie in materia di interpretazione delle leggi.

Ci rendiamo conto che questa ormai indifferibile necessità si scontra contro altre importanti esigenze e questioni di principio, ma non possiamo sottovalutare che il Diritto richiede, sempre di più, risposte certe e rapide e deve risolvere, concretamente e celermente, situazioni e casi pratici spesso di grande momento.

L'emanazione dell'indirizzo univoco e cogente, che peroriamo, non può che fondarsi su dati qualitativi e quantitativi e sulla provenienza della pluralità di fonti delle decisioni confrontando dialetticamente la ricorrenza delle sentenze, la qualità delle argomentazioni e motivazioni addotte.

Un compito così delicato postula inevitabilmente la competenza di un supremo consesso composto dalle Sezioni Unite della Cassazione, dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e da almeno cinque avvocati con trent'anni di esercizio professionale forense, che non abbiano trattato negli ultimi cinque anni le questioni di diritto sulle quali deve formarsi l'indirizzo univoco e cogente e che si impegnino a non esercitare per egual periodo la professione sotto la comminatoria della sanzione, in caso di inadempienza, della cancellazione da un Albo, *ad hoc* istituito, rinnovato ogni anno nella sua composizione su proposta del Consiglio Nazionale Forense previa consultazione dei Consigli degli Ordini provinciali.

L'aspetto quantitativo e l'accertamento della differenziazione delle provenienze delle pronunce non pongono problemi perché si individuano *ex se* oggettivamente, mentre la valutazione delle motivazioni ai fini della formulazione di un indirizzo unico e vincolante crea situazioni problematiche che richiedono, per l'appunto, una declaratoria da parte del supremo consesso che abbiamo *de jure condendo* proposto nei termini suddetti ma con atteggiamento del tutto aperto ad integrazioni e a soluzioni differenti purché finalizzate al superamento di una *impasse*, decisamente respinta dal cittadino che legittimamente aspira alla certezza del Diritto e alla univocità delle statuizioni giurisdizionali definitive.

5. Un'altra questione di diritto di notevole rilevanza in materia, emersa nel contenzioso dinanzi al Tribunale Civile di Venezia, riguarda l'entità della fideiussione sostitutiva del doppio

del canone concessorio di cui all'art. 17 del Regolamento per l'esecuzione del Codice della Navigazione. Nella causa civile RG n. 11677/2016 la stessa concessionaria in argomento si è contrapposta all'Agenzia del Demanio e al Comune di Rosolina relativamente alla pretesa della parte pubblica di una nuova polizza fideiussoria allegando che la pretesa era destituita di ogni fondamento in quanto l'attrice aveva già prestato due fideiussioni bancarie accettate dalle parti pubbliche per un importo di gran lunga superiore rispetto al canone per il 2016.

Con sentenza n. 635/2020 il Tribunale di Venezia (Giudice unico Diletta Maria Grisanti) ha respinto la domanda riconvenzionale dell'Agenzia del Demanio e ha accertato che la copertura fideiussoria era rispettosa del disposto dell'art.17 del Regolamento per l'esecuzione del Codice della Navigazione.

6. Nella medesima controversia di cui al paragrafo che precede la concessionaria contestava l'importo del canone demaniale per l'anno 2016, pari ad euro 96.576,01 = chiedendo sentenza di accertamento del canone effettivamente dovuto. La difesa erariale affermava che tanto i rinnovi fondati sul diritto di insistenza quanto i rinnovi automatici disposti dall'anno 2001, ai sensi dell'art. 10 della legge n. 88/2001, nonché le successive norme di proroga automatica *ex art.* 1, comma 18, decreto legge n. 194/2009, convertito nella legge n. 25/2010 e poi modificato dall'art. 34-*duodecies* del decreto legge n. 179/2012, convertito nella legge n. 221/2012, sarebbero incompatibili con il Trattato e la normativa europea riportando, a supporto, la nota sentenza «Promoimpresa» della Corte di Giustizia UE, sez V, 14.07.2016, n. 458.

Ad avviso dell'Agenzia del Demanio, quindi, le suddette disposizioni dovrebbero essere disapplicate con declaratoria di accertamento della scadenza della concessione demaniale marittima gestita dall'attrice a decorrere già dal 1999, o, in subordine, dal 2003 o dal 2009 o dal 31.12.2014. Sulla scorta di quanto disposto dall'art. 8 della legge n. 296/2006 il Demanio in sede di domanda riconvenzionale chiedeva la «triplicazione dell'importo dovuto per l'occupazione e l'utilizzo senza titolo del bene demaniale». Tali argomentazioni difensive venivano contestate

dall'attrice in virtù dell'interpretazione – data dalla giurisprudenza amministrativa – della sentenza n. 458 in data 14.7.2016 della Corte di Giustizia UE.

Tra queste con la pronuncia n. 911/2017 il TAR Campania annullava la declaratoria di decadenza di una concessione demaniale marittima adibita a ristorante e a stabilimento balneare ritenendo illegittimo il provvedimento del Comune di Pozzuoli motivato sulla base del presunto contrasto con il diritto comunitario delle previsioni di legge in tema di proroga automatica delle concessioni demaniali marittime. In particolare, il Giudice amministrativo campano ha escluso che la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime, stabilita sino all'anno 2020 dal legislatore nazionale, sia contraria all'ordinamento comunitario e possa essere disapplicata con dichiarazione di decadenza automatica della concessione.

Secondo il ragionamento enucleato nella menzionata sentenza in questione

l'articolo 49 TFRUE e l'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/Ce, relativa ai servizi nel mercato interno devono essere interpretati nel senso che non consentono a una misura normativa nazionale di prevedere un meccanismo di proroga automatica delle concessioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistiche ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati.

Tuttavia – sempre a parere del TAR campano – tale incompatibilità delle proroghe automatiche non ha portata generalizzata ma va riconosciuta, per espressa precisazione della Corte, quando tali concessioni presentino, in ragione delle relative caratteristiche geografiche ed economiche, un interesse transfrontaliero certo.

Inoltre lo stesso TAR chiariva che l'Autorità giudiziaria e la P.A., nell'attribuzione dei titoli concessori, debbono compiere un accertamento, caso per caso, sia dell'«interesse frontaliero certo» sia del «principio della certezza del diritto» in ossequio al legittimo affidamento del concessionario affinché «la risoluzione di siffatta concessione sia corredata da un periodo transitorio che permetta alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili, in particolare dal punto di vista economico».

Con identico orientamento i principi di diritto enunciati sopra sono stati espressi e ribaditi proprio dal Tribunale di Venezia nella sentenza n. 1601/2018, con la quale è stata respinta l'identica domanda proposta dalla difesa erariale avente ad oggetto l'accertamento dell'occupazione *sine titulo* per presunta intervenuta scadenza della concessione. Sotto ulteriore profilo giova ricordare che, a seguito della sentenza della Corte di Giustizia UE, sez.V, 14.7.2016 n. 458, in Italia è stato approvato il decreto legge n. 113/2016 convertito nella legge n. 160/2016. In proposito l'art. 24, comma 3-*septies*, della normativa in esame così recita:

Nelle more della revisione e del riordino della materia in conformità ai principi di derivazione europea, per garantire certezza alle situazioni giuridiche in atto e assicurare l'interesse pubblico all'ordinata gestione del demanio senza soluzione di continuità, conservano validità i rapporti già instaurati e pendenti in base all'articolo 1, comma 18, del decreto legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni della legge 26 febbraio 2010, n. 25.

Tale disposizione transitoria riconosce e ribadisce la piena legittimità-validità *ex lege* delle concessioni demaniali marittime già in essere (tra le quali rientra appunto la concessione dell'odierna società attrice) e pendenti ai sensi del decreto legge n. 179/2012 (art. 34-*duodecies*) che ha prorogato di cinque anni, sino al 31.12.2020, le concessioni demaniali marittime e lacustri in scadenza al 31.12.2015.

Infine è bene ricordare che l'art. 1, commi 682 e seguenti, della legge n. 145/2018 ha disposto la proroga delle concessioni demaniali marittime per quindici anni, vale a dire sino al 2033, così disponendo:

le concessioni disciplinate dal comma 1 dell'art. 01 del decreto legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993 n. 494, vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge hanno la durata, con decorrenza dalla data di entrata in vigore della presente legge, di anni quindici (art. 682, comma 2).

\*

Ciò premesso, in ordine all'inquadramento normativo e giurisprudenziale il Tribunale di Venezia, nella menzionata pronuncia n. 635/2020, con motivazione innovativa ha così argomentato:

Ebbene, alla luce di ciò, non può ritenersi cogliere nel segno quanto affermato da parte dell'amministrazione convenuta in merito all'applicabilità della sanzione prevista dall'art. 8, d.l. n. 400/1993. Ed infatti, come altresì chiarito dalla giurisprudenza del presente Tribunale (Trib. Venezia, 29.5.2017, n. 1275), la norma invocata presuppone la sussistenza di un fatto illecito posto in essere dal trasgressore, ossia l'illegittima occupazione del suolo pubblico, da cui la necessità di procedere alla verifica dell'effettiva ricorrenza dei presupposti tipici della fattispecie sanzionatoria, tra cui l'elemento soggettivo quantomeno della colpa. È di tutta evidenza come, nel caso di specie, non possa ritenersi integrata la fattispecie di illecito in questione. Ciò alla luce dell'affidamento seppur illegittimo ad ogni modo incolpevolmente riposto dalla società concessionaria odierna attrice nella normativa statale che ha disposto, lo si ripete sino al 2033, la proroga delle concessioni demaniali marittime. Dopotutto, risulta contrario a buona fede il comportamento dell'amministrazione statale che, a giustificazione della propria richiesta risarcitoria, invoca una condotta, asseritamente illegittima della concessionaria, la quale risulta tuttavia fondata su un atto normativo adottato dallo Stato.

### *Postilla*

Successivamente allo svolgimento del Convegno promosso dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Macerata sulle concessioni demaniali marittime, il Presidente del Consiglio di Stato Filippo Patroni Griffi, con decreto n. 160 in data 24.5.2021 deferiva all'Adunanza Plenaria, sui quesiti indicati nella motivazione del decreto presidenziale, i due affari nel seguito indicati, relativamente alle proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, in presenza di due procedimenti d'appello, pendenti l'uno dinanzi alla Quinta Sezione del Consiglio di Stato individuato con il N.R.G. 1975/2021 e l'altro pendente presso il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, iscritto N.R.G. 311/2021, considerato che entrambi i ricorsi sunnominati vertono, anche, sulla questione della proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative.



Sezione III

DOPO LE PRONUNCE DELL'ADUNANZA  
PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO



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 assoluta certezza, 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.

Lara Discepolo

Patrimonio nazionale costiero, interesse transfrontaliero e scarsità delle risorse

Le recentissime sentenze del Consiglio di Stato nn. 17 e 18, rese in sede giurisdizionale di Adunanza plenaria, pubblicate in data 9 novembre 2021 sui ricorsi numero di registro generale nn. 14 e 13 di A.P. del 2021, promosse rispettivamente da Comet s.r.l. contro l’Autorità di Sistema portuale dello Stretto e contro il Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti e dal Comune di Lecce contro un privato, titolare di una concessione demaniale marittima, e contro l’associazione Federazione Imprese Demaniali hanno avuto un notevole ed immediato impatto all’interno del nostro ordinamento giuridico.

L’Adunanza plenaria ha sancito che le norme legislative che dispongono la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative devono essere considerate in contrasto con il diritto euro unitario, segnatamente con l’art. 49 TFUE e con l’art. 12 della direttiva 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno nota come “direttiva Bolkestein”. La rilevanza di quanto ivi statuito è evidente se si considerano le proroghe che sono state adottate dal legislatore italiano negli anni e in particolare, dell’ultima di esse operante fino al 31 dicembre 2033. Tali sentenze hanno inoltre previsto che le concessioni demaniali aventi finalità turistico-ricreative, già in essere, continueranno ad avere efficacia solamente fino al 31 dicembre 2023 e che, oltre tale termine ed anche in assenza di una specifica disciplina legislativa, le stesse non potranno produrre alcun effetto, tanto che qualsiasi ulteriore proroga che il Legislatore ritenesse nel frattempo di emanare dovrà essere con-

siderata priva di effetto, perché emanata in contrasto con le norme dell'Unione Europea.

L'importanza delle sentenze sopra richiamate risiede nel fatto che le stesse hanno voluto garantire maggiore certezza e uniformità sia nell'applicazione del diritto da parte delle differenti amministrazioni interessate, sia nei diversi orientamenti giurisprudenziali che si sono sviluppati negli anni (ad. es. T.A.R. Venezia, (Veneto) sez. I, 03/03/2020, n. 218, T.A.R. Cagliari, (Sardegna) sez. I, 15/02/2018, n. 128, T.A.R. Salerno, (Campania) sez. II, 13/06/2013, n. 1275). Oltre a ciò, vanno considerati due ulteriori aspetti: in primo luogo, che a partire dal 2008 è stata avviata nei confronti dell'Italia, a seguito della segnalazione dell'AGCM, una procedura di infrazione che si è poi conclusa nel 2012 e, in secondo luogo, che a partire dal 2010 anche la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune leggi regionali, per mancato rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento Ue, fra le quali l'art. 1 della legge regionale Emilia-Romagna 23 luglio 2009 n. 8, l'art. 16, comma 2 della legge regionale Toscana 23 dicembre 2009 n. 77, l'art. 4, comma 1 della legge regionale Marche 11 febbraio 2010 n. 7, l'art. 5 della legge regionale Veneto 16 febbraio 2010 n. 13 e gli artt. 1 e 2 della legge regionale Abruzzo 18 febbraio 2010 n. 3.

Fra le puntuali motivazioni poste alla base delle sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato va posta l'attenzione su due concetti: l'"interesse transfrontaliero certo" e la "scarsità delle risorse" che sono stati interpretati ponendoli in relazione alle peculiarità del patrimonio italiano costiero che rappresenta a tutt'oggi uno dei patrimoni più rinomati e attrattivi di tutto il mondo in termini di coste, di laghi, di fiumi e delle connesse aree demaniali, lacuali e fluviali. L'analisi di tali caratteri assume ancora più rilevanza se si confronta l'evoluzione e l'applicazione che questi stessi concetti hanno avuto a partire dalla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sez. V, del 14 luglio 2016, *Promoimpresa* che citava sia la scarsità delle risorse, sia l'interesse transfrontaliero certo partendo dall'analisi dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE che sancisce che «qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse

naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento».

Va sottolineato che la sentenza della Corte di Giustizia sopra richiamata ha riconosciuto ampia discrezionalità al giudice nazionale, delegando a quest'ultimo lo specifico compito di valutare il requisito relativo alla scarsità delle risorse e la possibilità di introdurre conseguentemente un numero limitato di autorizzazioni delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative. In relazione a quest'ultimo aspetto, la Corte di Giustizia, al punto 43 della sentenza, ha previsto che «il fatto che le concessioni di cui ai procedimenti principali siano rilasciate a livello non nazionale, bensì comunale deve, in particolare, essere preso in considerazione al fine di determinare se tali aree che possono essere oggetto di uno sfruttamento economico siano in numero limitato».

Altrettanto interessante in relazione all'ulteriore profilo concernente l'interesse transfrontaliero certo è il punto 65 della sentenza della Corte di Giustizia, con il quale è stato sancito che costituisce disparità di trattamento in danno di tutte quelle imprese che hanno la propria sede in un altro stato membro e che possono avere interesse alla concessione, l'assegnazione della stessa secondo una modalità che non garantisce la trasparenza. Al riguardo, è stato altresì precisato che l'esistenza di un 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».

Tali criteri sono stati nuovamente, ma diversamente valutati dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, che ha posto l'attenzione sul fatto che la pubblica amministrazione, mediante le concessioni demaniali marittime, consente ai privati concessionari di utilizzare un complesso di beni demaniali il cui giro di affari ammonta annualmente, nel nostro ordinamento, a circa quindici miliardi di euro. L'importanza delle concessioni demaniali marittime è dovuta ad alcuni fattori che vengono indivi-

duati anche nella sentenza del Consiglio di Stato, quali il ridotto canone che deve essere versato all'amministrazione, la capacità attrattiva che da sempre esercita il nostro patrimonio costiero dovuto alla speciale conformazione, all'ubicazione geografica, alle peculiari condizioni climatiche e alla forte vocazione turistica. Tutti questi elementi rappresentano un dato inequivoco circa l'interesse transfrontaliero, ovverosia l'interesse che potrebbe sussistere da parte di imprese di altri Stati Membri di entrare nel mercato.

In relazione a tale aspetto, merita di essere analizzato anche l'art. 45-*bis* del codice della navigazione rubricato "affidamento ad altri soggetti delle attività oggetto della concessione" che sancisce che «il concessionario, previa autorizzazione dell'autorità competente, può affidare ad altri soggetti la gestione delle attività oggetto della concessione previa autorizzazione dell'autorità competente, può essere altresì affidata ad altri soggetti la gestione di attività secondarie nell'ambito della concessione». Tale disposizione, modificata dall'art. 10 della legge 16 marzo 2001, n. 88, che consente il ricorso alla sub-concessione in via generalizzata e senza limiti temporali, accresce l'attrattiva economica nei confronti delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative; l'"interesse transfrontaliero certo" consiste infatti – secondo quanto indicato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato – «nella capacità di una commessa pubblica o, più in generale, di un'opportunità di guadagno offerta dall'Amministrazione anche attraverso il rilascio di provvedimenti che non portano alla conclusione di un contratto di appalto o di concessione, di attrarre gli operatori economici di altri Stati membri». Ciò implica pertanto che la disciplina che prevede la proroga automatica delle concessioni demaniali, vigente nel nostro ordinamento giuridico, si pone in contrasto con gli articoli 49 e 56 del TFUE.

Sia la peculiarità, che la rilevanza del patrimonio nazionale costiero italiano sono state analizzate dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato anche in relazione all'ulteriore profilo della scarsità delle risorse che è stato posto alla base delle sentenze al fine di confutare le tesi avversarie. Al riguardo viene sancito, superando quanto era stato precedentemente statuito con la sen-



tenza *Promoimpresa*, che «il concetto di scarsità va, invero, inteso in termini relativi e non assoluti tenendo conto non solo della “quantità” del bene disponibile, ma anche dei suoi aspetti qualitativi e, di conseguenza, della domanda che è in grado di generare da parte di altri potenziali concorrenti, oltre che dei fruitori finali del servizio che tramite esso viene immesso sul mercato [...]. È sulle aree potenzialmente ancora concedibili (oltre che su quelle già assentite), infatti, che si deve principalmente concentrare l’attenzione per verificare se l’attuale regime di proroga fino al 31 dicembre 2033 possa creare una barriera all’ingresso di nuovi operatori». È stato quindi previsto che la valutazione della scarsità della risorsa naturale deve essere fatta dipendere essenzialmente dall’esistenza di aree disponibili che possano essere considerate sufficienti a permettere lo svolgimento della prestazione di servizi anche ad ulteriori operatori economici diversi da quelli attualmente “protetti” dalla proroga *ex lege*. In queste fattispecie l’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, diversamente dalla Corte di Giustizia, riprendendo sia i dati forniti dal sistema informativo del demanio marittimo, sia i dati relativi alla crescente erosione di litorale, sia il fatto che una buona parte di questo non risulta fruibile perché inquinato o comunque “abbandonato”, sia i limiti quantitativi massimi di costa che possono essere oggetto di concessione ha previsto e sancito la notevole scarsità delle aree demaniali marittime a disposizione di nuovi operatori economici. È possibile anche affermare che l’Adunanza plenaria è andata oltre la semplice dichiarazione della scarsità delle risorse evidenziando testualmente che, in alcuni casi, le stesse devono essere considerate addirittura inesistenti, perché è già stato raggiunto, o comunque si è molto vicini, al tetto massimo delle aree suscettibili di essere cedute in concessione.

Ribadito pertanto il ruolo nevralgico e strategico che le concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative assumono nell’ambito dell’economia italiana, l’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha sancito che, dando corretta applicazione al diritto dell’Unione Europea, il rilascio o il rinnovo delle concessioni deve avvenire all’esito di una procedura di evidenza pubblica che rispetti i criteri di equità, di proporzionalità, di non discriminazione, di libera concorrenza e di trasparenza. Parti-

colarmente interessante, data l'importanza della decisione, sarà quindi vedere la "reazione" del Governo e del Parlamento italiano che, durante il lasso di tempo concesso dall'Adunanza plenaria, saranno tenuti ad approvare una normativa che, invece di disporre ulteriori proroghe, possa essere considerata in grado di giungere al riordino di una materia, così complessa, in conformità con l'ordinamento comunitario.

Claudia Pennacchietti

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

SOMMARIO: 1. Premessa: le ultime proroghe automatiche e generalizzate – 2. La procedura di infrazione n. 2020/4118 – 3. La sentenza della Corte costituzionale n. 139/2021 – 4. Le pronunce nn. 17 e 18/2021 del Consiglio di Stato in Adunanza plenaria – 5. Considerazioni conclusive

### 1. *Premessa: le ultime proroghe automatiche e generalizzate*

La materia delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per finalità turistico-ricreative è stata caratterizzata per anni dal susseguirsi di provvedimenti transitori di proroga *ex lege* delle concessioni in essere, innestati su di un quadro normativo generale e settoriale sul quale il Legislatore nazionale da tempo promette un organico intervento di riforma che tuttavia tarda ad arrivare.

Il procedere per proroghe automatiche è proseguito anche dopo, e nonostante, la pronuncia pregiudiziale della Corte di Giustizia europea resa nelle cause riunite C-458/14 e C-67/15 (sentenza *Promoimpresa*), che ha sancito l’incompatibilità delle disposizioni di proroga automatica *ex lege* delle concessioni in essere rispetto al diritto europeo e la necessità che il rilascio o il rinnovo delle concessioni avvenga all’esito di procedure di evidenza pubblica.

L’ultimo prolungamento dell’efficacia delle concessioni demaniali marittime è stato disposto dall’art. 1, cc. 682 e 683 della l. 145/2018 (legge di bilancio 2019), con la rideterminazione del

termine di scadenza al 31.12.2033 delle concessioni marittime non ancora scadute, cui ha fatto seguito il d.l. 34/2020 (cd. decreto rilancio, conv. in l. 77/2020), che ha statuito, in ragione dell'emergenza da Covid-19, l'impossibilità per le autorità locali di avviare o proseguire procedimenti pubblici di selezione per l'assegnazione delle concessioni. Infine il d.l. 104/2020, comprensivo di misure a sostegno dell'economia italiana, ha esteso formalmente la proroga di 15 anni prevista dalla legge di bilancio alle concessioni lacuali, fluviali e per la nautica da diporto.

Questi ultimi provvedimenti hanno ulteriormente aggravato lo stato di incertezza normativa e con esso il numero dei contenziosi amministrativi a fronte di applicazioni spesso discordanti della stessa disciplina nazionale da parte delle Amministrazioni locali.

Interrogato sulla legittimità del regime di proroga disposto dalla l. 145/2018, anche il Consiglio di Stato, sez. VI, con sent. n. 7874/2019 è intervenuto ribadendo i principi formulati in *Promoimpresa*, l'incompatibilità della nuova normativa con il diritto eurounitario e il conseguente dovere di tutto l'apparato amministrativo di disapplicarla. Hanno fatto seguito sentenze dei TAR di analogo tenore (tra le altre, sentt. Tar Toscana n. 363/2021, Tar Pescara n. 40/2021, Tar Salerno n. 265/2020, Tar Catania n. 505/2021, Tar Veneto n. 218/2020, Tar Sicilia-Catania n. 505/2021), e alcune rare ma significative eccezioni (sentt. Tar Puglia-Lecce n. 73/2021, Tar Sicilia-Catania n. 504/2021).

Come connaturato alla storia delle concessioni e alla complessa *governance* multilivello che la caratterizza, la nuova ondata di proroghe ha risollecitato l'attenzione anche di altri attori. Si pensi alla Corte costituzionale, chiamata a scrutinare leggi regionali miranti a prorogare le concessioni in essere sulla scia della normativa nazionale, o alle stesse istituzioni europee ed in particolare alla Commissione, che ha avviato una nuova procedura di infrazione, censurando gli ennesimi provvedimenti italiani di proroga.

Proprio a partire dalle nuove disposizioni transitorie, l'intento del presente contributo è quello di ripercorrere brevemente tre casi di attualità sulla materia delle concessioni: la nuova procedura di infrazione aperta a fine 2020 dalla Commissione europea

contro l'Italia (par. 2), l'ultima sentenza della Corte costituzionale riferita alla l.r. Friuli-Venezia Giulia n. 8/2020 (par. 3); le due sentenze gemelle nn. 17 e 18 rese nel 2021 dal Consiglio di Stato in sede di Adunanza plenaria (par. 4). Attraverso il loro esame sarà possibile tratteggiare lo stato attuale degli orientamenti e delle ragioni argomentative dei diversi attori. Pur nella consapevolezza dell'eterogeneità dei ruoli, dei punti di vista, degli specifici oggetti di scrutinio, dei parametri e dei percorsi argomentativi, il filo conduttore delle vicende è ravvisabile nello scrutinio delle più recenti proroghe automatiche anche emergenziali, nelle conclusioni tratte sul tema pervasivo del rapporto tra ordinamento nazionale ed europeo e nel concreto impatto che i termini di questo rapporto hanno sul tessuto economico e sociale di riferimento per il tramite dell'azione delle istituzioni nazionali e territoriali.

## 2. *La procedura di infrazione 2020/4118*

Con lettera di messa in mora del 3 dicembre 2020, la Commissione europea ha nuovamente sottoposto l'Italia a procedura di infrazione n. 2020/4118, avente ad oggetto sia le disposizioni nazionali già considerate come contrarie al diritto europeo dalla CGUE nella pronuncia *Promoimpresa*, sia le proroghe transitorie *ex lege* adottate successivamente (art. 24, c. 3-*septies*, d.l. 113/2016 e ultimi provvedimenti citati in premessa), tutte miranti a prorogare in modo generale ed automatico le concessioni vigenti senza lo svolgimento di alcuna procedura di selezione tra i candidati potenziali (si ricorda come la procedura di infrazione n. 2008/4908 era stata archiviata il 27/2/2012 a seguito della delega al Governo con l. 217/2011 di riordino della legislazione vigente, delega poi scaduta senza adempimento).

Una premessa all'analisi appare doverosa: la lettera non può considerarsi come indicativa del punto di vista dell'Unione europea – nel cui ambito la sola Corte di Giustizia è chiamata ad assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati – ma di una delle sue istituzioni, la Commissione Ue, nel suo specifico ruolo e nel peculiare contesto di avvio di una procedura di infrazione mediante lettera di messa

in mora, strumentale ad ottenere osservazioni dallo Stato e anticipatoria di un eventuale parere motivato.

Venendo ai contenuti della lettera, la Commissione individua innanzitutto, quali parametri di legittimità, l'art. 49 TFUE e l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE (cd. direttiva servizi), secondo l'interpretazione presente nella sentenza *Promoimpresa* in punto di qualificazione delle concessioni demaniali marittime e lacuali in termini di autorizzazioni, di applicazione della medesima direttiva anche a situazioni puramente nazionali, di valutazione della scarsità delle risorse naturali, di equivalenza tra proroga *ex lege* e rinnovo automatico, di valutazione del legittimo affidamento del concessionario uscente.

La lettera richiama altresì la già citata sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 7874/2019, che ha affermato l'incompatibilità rispetto al diritto Ue della proroga contenuta nella legge di bilancio e la sua doverosa disapplicazione ad opera di tutte le Amministrazioni.

Le argomentazioni svolte con riferimento all'applicazione degli artt. 12 direttiva servizi e 49 TFUE e al rapporto tra disposizioni nazionali e parametri di legittimità invocati seguono le tracce della pronuncia *Promoimpresa* e conducono la Commissione a concludere che «la Repubblica italiana non ha ottemperato agli obblighi imposti dall'art. 12 direttiva servizi e dall'art. 49 TFUE». Tralasciando i principi meramente ripetitivi di quanto espresso nel 2016 dalla CGUE circa le concessioni in questione, meritano breve attenzione alcuni passi riferiti alle disposizioni di proroga nazionali post *Promoimpresa*.

In primo luogo, l'art. 1, cc. 682 e 683, l. di bilancio, unitamente all'art. 100, d.l. 104/2020 prorogano ulteriormente le concessioni vigenti senza una procedura di selezione e precludono qualunque valutazione del singolo caso fondata su criteri di trasparenza, imparzialità e pubblicità. Violano pertanto l'art. 12, par. 1 e 2 direttiva servizi e non possono essere giustificate a norma del suo art. 12, par. 3, poiché di fatto si limitano a replicare le disposizioni del d.l. 194/2009 già considerate vietate dal diritto Ue nella sentenza *Promoimpresa*. Parimenti, la procedura prevista dai commi da 677 a 681, l. di bilancio per l'assegnazione delle potenziali nuove concessioni viene censurata con riferimen-

to al mancato rispetto dei principi che dovrebbero guidare le procedure di selezione *ex art. 12, par. 1* direttiva servizi. Il DPCM di cui al comma 677 sarebbe altresì «tecnicamente inidoneo a modificare sia il quadro normativo (primario) vigente stabilito dal codice della navigazione e/o dal d.l. 5 ottobre 1993, n. 400, la cui modifica richiede un atto normativo di rango primario (legge, decreto-legge o decreto legislativo), sia il regolamento di esecuzione del 1952, adottato con decreto del Presidente della Repubblica», potendo avere, tutt'al più, unicamente un «effetto limitato per quanto riguarda la definizione e/o l'interpretazione di tali norme».

Di fatto poi l'art. 182, c. 2, d.l. 34/2020 «impone espressamente alle autorità locali di astenersi dall'applicare i principi di trasparenza, imparzialità e pubblicità alle procedure di assegnazione delle concessioni, in palese violazione del diritto dell'Ue. Ciò comporta pertanto anche la violazione del dovere, che incombe su tutte le autorità nazionali, di adoperarsi al massimo per dare attuazione al diritto dell'Ue e conformarsi alle sentenze della Corte di Giustizia, in virtù del primato del diritto dell'Ue e dell'obbligo di leale cooperazione degli Stati Membri sancito dall'art. 4, par. 3 del Trattato sull'Ue».

Quanto infine all'art. 49 TFUE, le proroghe *ex lege* indiscriminate, «nella misura in cui è probabile che venga pregiudicato un interesse transfrontaliero certo», violano la disposizione del Trattato, poiché, se considerate unitamente allo stato di incertezza e alla mancanza di chiarezza riguardo alla disponibilità di nuove assegnazioni negli anni a venire, comportano di fatto «un'impossibilità assoluta per i prestatori di servizi transfrontalieri di ottenere un accesso diretto a tali risorse e quindi di esercitare tali attività».

Alle argomentazioni di natura prettamente giuridica, la Commissione premette valutazioni circa i rapporti tra comunità dei cittadini e autorità locali e tra i livelli istituzionali coinvolti, nonché circa i risvolti sociali ed economici sottesi alla «illegalità del quadro normativo italiano», tale da: 1) compromettere gravemente la certezza del diritto a danno di tutti gli operatori, compresi gli attuali concessionari, esposti al rischio di contenziosi; 2) scoraggiare gli investimenti in un settore chiave per l'econo-

mia italiana (i.e. servizi ricreativi e turismo balneare) già duramente colpito dalla pandemia da Covid-19, impedendone la modernizzazione e ostacolando l'ingresso sul mercato di innovatori fornitori di servizi; 3) impedire alle comunità locali di ottenere un congruo corrispettivo per il reddito generato sul suolo pubblico, da investire in maggiori servizi; 4) impedire il realizzarsi della parità di trattamento dei prestatori di servizi e di una concorrenza leale, perseguibile attraverso procedure di selezione ad evidenza pubblica e basate su criteri non discriminatori, trasparenti e oggettivi, che proteggano al contempo i cittadini dal rischio di monopolizzazione di risorse pubbliche limitate, a vantaggio del benessere dei consumatori, delle imprese e di tutti i cittadini italiani ed europei.

Non manca inoltre un riferimento indiretto al contesto economico-finanziario europeo imposto dalla pandemia e agli impegni assunti dall'Italia nell'ambito del *Next Generation EU*: «L'impatto negativo diretto sui bilanci pubblici della vigente legislazione italiana in violazione del diritto europeo pone interrogativi importanti in un momento in cui l'Italia prevede di utilizzare ingenti fondi dell'Unione europea per sostenere il settore del turismo e le comunità locali che spesso dipendono da esso».

Preme infine rilevare che, nel quadro degli argomenti di diritto supportati dai risvolti socio-economici, la Commissione aggiunge come le autorità locali abbiano «il dovere di rifiutarsi di rinnovare le concessioni in linea con l'obbligo, che incombe a tutte le autorità nazionali, di adoperarsi al massimo per dare attuazione al diritto dell'Ue e conformarsi alle sentenze della CGUE». In tal modo la Commissione ribadisce l'assunto circa la doverosità della disapplicazione di leggi statali e regionali in contrasto con la normativa europea da parte delle Amministrazioni dello Stato, tema centrale tra i quesiti deferiti all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con decreto 24 maggio 2021 n. 160.

Proprio l'attuale stato di incertezza giuridica, aggravato dall'avvio della procedura di infrazione, ha rappresentato uno degli "indicatori" fondanti la valutazione da parte del Presidente del Consiglio di Stato circa la sussistenza di una «questione di massima di particolare importanza», quale presupposto per il deferimento *ex art.* 99, c. 2, c.p.a. Le argomentazioni della Commissione torneranno anche a supporto della decisione del-



la Plenaria sul quesito circa la compatibilità rispetto al diritto europeo della moratoria emergenziale prevista dall'art. 182, c. 2, d.l. 34/2020.

### 3. *La sentenza della Corte costituzionale n. 139/2021*

La Corte costituzionale ha scrutinato più volte, soprattutto dopo il recepimento della direttiva *Bolkestein* e nella maggior parte dei casi su sollecitazione del Governo, leggi regionali recanti disposizioni intese a prorogare le concessioni demaniali marittime in essere (si veda, a questo proposito, anche il contributo di G. Di Cosimo in questo volume).

Da ultimo, con la sentenza n. 139/2021 la Corte costituzionale si è pronunciata sul ricorso con il quale il Governo ha impugnato l'art. 2 della Legge della Regione Friuli-Venezia Giulia n. 8/2020 recante "Misure urgenti per far fronte all'emergenza epidemiologica da COVID-19 in materia di demanio marittimo e idrico" per violazione dell'art. 117, c. 2, lett. e), Cost.

L'articolo impugnato estende fino al 31 dicembre 2033, a domanda dei concessionari, la validità delle concessioni in essere alla data del 31 dicembre 2018, con scadenza antecedente al 2033, prevedendo la proroga della durata degli atti concessori fino al termine del procedimento e, comunque, per un periodo massimo di un anno decorrente dalla data di entrata in vigore della legge regionale medesima.

Il ricorrente premette innanzitutto che, sebbene la Regione sia titolare di una competenza statutaria in materia di ittica, pesca e turismo e delle funzioni amministrative in materia di «demanio marittimo, lacuale e fluviale» con finalità turistico-ricreativa, la disciplina degli affidamenti delle concessioni su tali aree afferisce alla materia della tutela della concorrenza, di esclusiva competenza statale *ex art. 117, c. 2, lett. e), Cost.* La disciplina impugnata, nell'estendere a ulteriori concessioni demaniali marittime la proroga disposta dall'art. 1, cc. 682 e 683, l. 145/2018, «inciderebbe sull'assetto concorrenziale dei mercati in termini tali da restringere il libero estrinsecarsi delle iniziative imprenditoriali, invadendo così la competenza esclusiva dello Stato in materia, appunto, di tutela della concorrenza».

Nel merito, gli argomenti che la difesa regionale porta all'attenzione della Corte concernono i due profili strettamente connessi dell'ambito materiale di competenza e del rapporto tra disciplina regionale e disciplina statale di cui all'art. 1, cc. 682 e 683, l. 145/2018.

La Regione afferma innanzitutto la riconducibilità della disciplina impugnata a materia di competenza regionale, come tale già disciplinata da leggi regionali (cui fa rinvio, peraltro, lo stesso articolo censurato). Sarebbe da escludere inoltre un'invasione della competenza statale avendo riguardo al rapporto tra disciplina regionale impugnata e disciplina statale di proroga, poiché l'art. 2 non solo si limita a precisare e dare attuazione alle previsioni statali, dettate per far fronte all'emergenza pandemica, ma comporta addirittura una estensione, in materie di competenza regionale, della disciplina prevista in via generale dallo Stato per contrastare la pandemia. A dire della difesa regionale, infine, l'art. 2 garantirebbe anche in misura più ampia la concorrenza rispetto alla stessa disciplina statale, prevedendo una procedura che subordina la proroga alla domanda dei concessionari, «in presenza della quale si avvierebbe un procedimento di affidamento imperniato sui principi di trasparenza, pubblicità e concorrenza, che prevedrebbe in particolare la pubblicazione delle domande e la possibilità per chiunque di presentare osservazioni, opposizioni o istanze concorrenti entro i venti giorni successivi» (il richiamo è alla procedura di cui alla l.r. Friuli-Venezia Giulia n. 10 del 2017).

La Corte, nel pronunciarsi per la fondatezza del ricorso, in punto di competenza, pur condividendo l'assunto della difesa regionale per cui la disciplina delle concessioni demaniali interseca numerosi ambiti materiali di competenza legislativa primaria regionale, conferma il suo orientamento: «discipline regionali che dispongano proroghe o rinnovi automatici delle concessioni demaniali in essere incidono sulla materia, di competenza esclusiva statale, della tutela della concorrenza, ostacolando l'ingresso di altri potenziali operatori economici nel mercato di riferimento» (sentt. n. 10/2021, n. 1/2019, n. 171/2013 e n. 213/2011).

Venendo al rapporto tra la disciplina regionale e la disciplina statale di cui all'art. 1 cc. 682 e 683, l. 145/2018, la Corte chiari-

sce come l'invasione della competenza statale non possa escludersi nemmeno nell'ipotesi in cui la legislazione regionale si limiti a riprodurre, nella sostanza, una disciplina già prevista dalla legislazione statale. Anche nel caso di specie, tale intrusione è inibita in quanto «qualsiasi disciplina che comporti una restrizione al libero accesso nel mercato di altri operatori, come certamente accade quando si stabiliscano proroghe dei rapporti concessori in corso, è riservata dall'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., alla legislazione statale, restando invece precluso qualsiasi intervento della legislazione regionale in questa materia».

Quanto all'argomento della resistente, imperniato sulla previsione da parte della legge regionale di una proroga su istanza del concessionario – e pertanto da intendersi come non automatica – la Corte evidenzia come il dato letterale dell'articolo impugnato non richiami procedure comparative che potrebbero essere innescate da domande di concessione concorrenti, né rinvii espressamente al procedimento di cui all'art. 7, l.r. 10/2017, invocato dalla Regione. La disciplina oggetto di censura si limiterebbe infatti a subordinare l'effetto di "estensione" sino al 2033 della durata delle concessioni esistenti alla data di entrata in vigore della legge regionale alla sola condizione della domanda dell'interessato e appare pertanto atteggiarsi quale *lex specialis* rispetto ad ogni altra normativa – inclusa la l.r. n. 10/2017 – che disciplina il procedimento di affidamento delle concessioni demaniali in parola. «Tanto basta» – conclude la Corte – «a configurare l'effetto di "estensione" al 2033 della durata delle concessioni come una sostanziale proroga delle concessioni esistenti, eccedente per le ragioni anzidette la competenza legislativa regionale».

La sentenza esaminata consente di confermare alcuni orientamenti nel tempo fatti propri dalla Corte nel pronunciarsi sulla materia.

Innanzitutto si rileva il progressivo mutamento nell'utilizzo dei parametri di incostituzionalità: all'iniziale tendenza ad assorbire il parametro della competenza interna (solitamente l'art. 117, c. 2, lett. e), Cost.) in quello attinente al rispetto del diritto Ue (art. 117, c. 1, Cost.), è andato a sostituirsi l'impiego soltanto del primo, dando per assorbito il secondo, come nel caso della sentenza in esame [Ferrara, Ioannides, Vosa 2021].

In secondo luogo, la Corte pur ribadendo che il tema interseca più ambiti materiali, di competenza regionale e statale, conclude per la prevalenza della materia esclusiva statale, con argomentazioni fondate sul criterio dell'effetto ultimo che la normativa impugnata produce sulle modalità di affidamento delle concessioni, attraendo nell'alveo della "tutela della concorrenza" qualsiasi disciplina che comporti una restrizione al libero ingresso nel mercato di nuovi operatori (si veda il contributo di G. Di Cosimo in questo volume). In questa ottica, l'enunciata finalità di tutelare il comparto turistico a fronte delle conseguenze dell'emergenza da COVID-19 e «di garantire certezza alle situazioni giuridiche e assicurare l'interesse pubblico all'ordinata gestione del demanio senza soluzione di continuità» non vale ad escludere il *vulnus* arrecato dalla disposizione impugnata alla competenza esclusiva dello Stato, in materia di tutela della concorrenza. Anche questa pronuncia conferma pertanto l'orientamento della Corte che sembra vedere nell'interesse alla tutela della concorrenza un «super-interesse», capace di imporsi isolatamente, senza bilanciamenti, su qualsiasi altro interesse di rilievo costituzionale e di comprimere competenze regionali, come quelle in materia di turismo [Cossiri 2016].

Nella prevalenza e nella pervasività della competenza esclusiva statale trova pertanto un limite insuperabile la *ratio* che ha originato l'intervento legislativo regionale: restano infatti recessivi il tema della tutela del legittimo affidamento del concessionario uscente in considerazione degli investimenti effettuati e la materia residuale regionale del turismo. Seppur sullo sfondo e in maniera non espressa, torna inoltre l'argomento, già presente nella lettera di messa in mora, del rapporto di irrilevanza, se non di vera e propria disfunzionalità, tra proroghe dei rapporti concessori in corso e ripresa economica post pandemia.

#### 4. *Le pronunce nn. 17 e 18/2021 del Consiglio di Stato in Adunanza plenaria*

Con decreto del 24 maggio 2021, il Presidente del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 99, c. 2, c.p.a., ha deferito all'Adunanza plenaria tre quesiti sollecitati da due ricorsi vertenti sulla que-

stione della proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, e nello specifico sul tema dell'applicazione dei citati art. 1, cc. 682 e 683, l. 145/2018 e art. 182, c. 2, d.l. 34/2020.

Il primo appello veniva avanzato per la riforma della sent. n. 504/2021 con cui il Tar Sicilia-Catania aveva respinto il ricorso proposto da una società titolare di concessione demaniale avverso il decreto del Presidente dell'Autorità di Sistema portuale dello Stretto recante rigetto di istanza di estensione della validità della concessione ai sensi della l. 145/2018. Le argomentazioni del Tar ruotano attorno alla condivisione di quanto statuito dal Consiglio di Stato, VI, sent. n. 7874/2019 (fondante il diniego da parte dell'Autorità di Sistema), e alla critica della posizione espressa in Tar Puglia-Lecce, I, sent. n. 1341/2020 (invocata da parte ricorrente a sostegno delle proprie tesi). In particolare, la pronuncia prende le mosse dalla confutazione delle affermazioni del citato Tar Lecce circa la mancanza di legittimazione in capo all'organo amministrativo a disapplicare la legge interna (sulla scorta della tesi per cui sarebbe riservato al solo giudice l'accertamento della natura *self-executing* delle direttive); prosegue condividendo gli argomenti – aderenti alla citata sentenza del Consiglio di Stato e alla giurisprudenza Ue – in ordine all'illegittimità delle proroghe *ex lege* (e dunque anche delle più recenti proroghe al 2033) in applicazione del diritto europeo, alla sussistenza dell'obbligo di indire una procedura selettiva per l'affidamento e dell'obbligo del funzionario di disapplicare la normativa nazionale o regionale contrastante con il diritto Ue; conclude non ravvisando una situazione di legittimo affidamento in capo al titolare attuale (in quanto il rinnovo è intervenuto dopo l'entrata in vigore della direttiva servizi), e rilevando sia la sussistenza nel caso in esame dell'interesse transfrontaliero (in relazione all'ubicazione, all'attrattiva economica e gestionale della concessione), sia la natura scarsa della risorsa (mediante il mero richiamo alla lettera di messa in mora sopra esaminata).

Il secondo appello veniva avanzato per la riforma della sent. n. 73/2021 del Tar Puglia-Lecce, che aveva accolto il ricorso proposto dal titolare di una concessione demaniale marittima, annullando i provvedimenti con cui il Comune ne aveva respinto l'istanza di proroga fino al 31.12.2033 *ex art. 1, c. 682, l. 145/2018*.

In tal caso, il Tar Lecce, prendendo le distanze dall'orientamento del Consiglio di Stato e sulla base della ritenuta illegittimità della disapplicazione da parte dell'Amministrazione comunale della legge nazionale, ha dichiarato il diritto dei concessionari uscenti a conseguire la proroga *ex lege* del titolo.

La decisione ha una struttura articolata e tocca molti dei profili più problematici nel dibattito giurisprudenziale. Le argomentazioni di maggior rilievo attengono al tema delle direttive con effetti diretti e al rapporto delle stesse con l'ordinamento dello Stato membro, per quanto concerne il novero dei soggetti su cui grava il dovere di disapplicazione della disciplina nazionale antieuropea: secondo il Tar Lecce, l'art. 12 della direttiva servizi non avrebbe natura *self-executing*, e in ogni caso, anche laddove avesse tale natura, ciò non legittimerebbe l'organo amministrativo a disapplicare la legge interna, essendo l'accertamento della natura *self-executing* della direttiva riservato solo al giudice e precluso all'Amministrazione. A tal proposito, il Tar Lecce prende le mosse dalla distinzione tra regolamenti – per loro stessa natura direttamente applicabili e tali quindi da giustificare la non applicazione anche da parte della p.a. – e direttive, che di regola non possono produrre effetti diretti e la cui eccezionale natura auto-esecutiva richiederebbe una complessa attività interpretativa, la quale, ove rimessa ai singoli organi amministrativi, rischierebbe di legittimare non applicazioni della legge nazionale affidate ad un «soggettivo quanto opinabile personale convincimento» del singolo funzionario, privo di riscontro in sede di giurisprudenza nazionale o europea (punto IX, sent. Tar Lecce, I, n. 73/2021; cfr. anche punto 33 delle sentenze della Plenaria in esame).

Il deferimento all'Adunanza viene motivato proprio a partire dalla particolare rilevanza economico-sociale della questione oggetto dei due ricorsi e al fine di ottenere una pronuncia che consenta di «assicurare certezza e uniformità di applicazione del diritto da parte delle amministrazioni interessate nonché uniformità di orientamenti giurisprudenziali». La decisione del deferimento sembra mettere al centro l'attività della p.a. e lo stato di persistente incertezza normativa ed operativa ulteriormente aggravato dal d.l. 34/2020, a seguito del quale alcune Amministra-

zioni locali, ritenendo di dover applicare la legge statale, hanno concesso la proroga; altre l'hanno negata, disapplicando la norma nazionale; altre ancora, dopo averla accordata, ne hanno disposto l'annullamento in autotutela; altre infine sono rimaste inerti alle istanze dei concessionari.

I quesiti deferiti alla Plenaria presuppongono il preliminare esame della compatibilità delle proroghe *ex lege* rispetto al diritto europeo (esame direttamente funzionale anche alla soluzione del terzo quesito circa la compatibilità al diritto Ue della moratoria emergenziale), cui seguono i profili della doverosità o meno della disapplicazione della norma di diritto interno confligente col diritto Ue da parte dello Stato membro in tutte le sue articolazioni (primo quesito) e della sorte dell'atto amministrativo adottato in conformità ad una legge nazionale "antieuropea" (secondo quesito). Per motivi di sintesi, si ripercorreranno solo i passi argomentativi propedeutici alla definitiva enunciazione dei principi di diritto, al fine di ricostruire l'attuale orientamento del Consiglio di Stato sulla materia e tentare alcune primissime valutazioni circa il prevedibile impatto sulla realtà applicativa.

Quanto all'esame del rapporto tra proroghe *ex lege* e diritto Ue, la Plenaria esordisce ribadendo il principio, già fatto proprio dalla sentenza *Promoimpresa*, secondo cui il diritto europeo impone che il rilascio o il rinnovo delle concessioni demaniali avvenga all'esito di una procedura di evidenza pubblica, deducendo l'incompatibilità della disciplina nazionale (in particolare dell'art. 1, cc. 682 e 683, l. 145/2018) rispetto all'art. 49 TFUE e all'art 12 direttiva servizi (per approfondimenti si rinvia a A. Cossiri, in questo volume).

Le considerazioni riferite all'art. 1, cc. 682 e 683, l. 145/2018 consentono alla Plenaria di anticipare la risposta al terzo quesito oggetto di deferimento: anche la moratoria emergenziale prevista dall'art. 182, c. 2, d.l. 34/2020 presenta profili di incompatibilità con il diritto Ue, a nulla rilevando la *ratio* di «contenimento delle conseguenze economiche prodotte dall'emergenza epidemiologica». A parere dell'Adunanza, gli effetti della proroga sarebbero al contrario del tutto disfunzionali in termini socio-economici, come confermato dalla lettera di messa in mora della Commis-

sione Ue che viene a tal proposito richiamata: «la reiterata proroga della durata delle concessioni balneari prevista dalla legislazione italiana 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».

Parimenti supportata da consolidati precedenti giurisprudenziali è apparsa sin da subito anche la soluzione del quesito concernente la doverosità o meno della disapplicazione della norma di diritto interno (nazionale o regionale) confliggente con il diritto Ue da parte dello Stato membro in tutte le sue articolazioni. L'Adunanza conclude in termini di sussistenza di tale obbligo anche nei casi in cui il contrasto riguardi una direttiva *self-executing* e senza che a tale conclusione possa opporsi l'invocazione del rischio di possibili ripercussioni in termini di responsabilità penale degli attuali concessionari demaniali (per l'impossibilità per il diritto Ue di produrre effetti penali diretti in *malam partem*, deducibile dai principi costituzionali di riserva di legge statale e di irretroattività della legge penale) e il rilievo di esigenze di tutela del loro affidamento (affidamento che dovrebbe trovare tutela al momento di fissare le regole per la procedura di gara e che in ogni caso sarebbe insussistente nel caso di specie). Anche sul presente quesito, alla debolezza – perlomeno in punto di diritto – delle argomentazioni del TAR, la Plenaria ha opposto argomenti supportati da un costante orientamento giurisprudenziale nazionale ed europeo.

L'approccio rispetto al tema della natura dell'autotutela amministrativa in presenza di un atto “antieuropeo” si è rilevato invece il più inaspettato per il cambio di prospettiva nell'impostazione della decisione rispetto alla formulazione del quesito, per la novità degli argomenti e l'impatto concreto sui rapporti concessori in atto. La Plenaria esce dalla logica argomentativa di riconduzione ad unità dei contrasti giurisprudenziali esistenti, evitando il difficile terreno di esame del potere di autotutela decisoria: a venire in rilievo è invece il profilo della qualificazione dell'eventuale formale atto di proroga in rapporto alla normativa di rango primario che l'ha disposta. In questa prospettiva, l'atto di proroga deve qualificarsi come atto meramente ricognitivo di un effetto (proroga) prodotto automaticamente dalla legge e quindi a quest'ultima direttamente riconducibile (senza



intermediazione di alcun potere amministrativo). A partire da questa qualificazione «se la proroga è direttamente disposta per legge ma la relativa norma che la prevede non poteva e non può essere applicata perché in contrasto con il diritto Ue, ne discende che 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 regola il rapporto di diritto pubblico che determinano l'effetto di mancata proroga delle concessioni. Di talché l'Amministrazione non esercita alcun potere di autotutela [...]» (punto 43).

Il venir meno degli effetti della concessione si produce anche nei casi in cui sia intervenuto un giudicato favorevole al concessionario demaniale. Il principio di autorità di cosa giudicata va infatti calato tenendo presente la peculiare natura di "rapporto di durata" della situazione giuridica derivante dal rilascio o dal rinnovo delle concessioni, ed applicato alla luce della equiparazione delle sentenze interpretative pregiudiziali della CGUE a sopravvenienze normative: una sentenza interpretativa della CGUE, quale è la sentenza *Promoimpresa*, incide sulle situazioni giuridiche durevoli per quella parte che si svolge successivamente al giudicato. Ne consegue che, per quella parte di rapporto non coperta dal giudicato, non vi sono ostacoli a dare immediata attuazione allo *jus superveniens* di derivazione europea. In definitiva: «l'incompatibilità comunitaria della legge nazionale che ha disposto la proroga *ex lege* delle concessioni demaniali produce come effetto, anche nei casi in cui siano stati adottati formali atti di proroga e nei casi in cui sia intervenuto un giudicato favorevole, il venir meno degli effetti della concessione, in conseguenza della non applicazione della disciplina interna» (punto 45).

Concluso l'esame dei quesiti, negli ultimi passaggi delle pronunce, la Plenaria si sofferma sull'impatto dei principi enunciati sulla concreta realtà delle concessioni.

Prendendo atto della situazione di grave e prolungata incertezza normativa e dell'effetto dirompente di una immediata cessazione dei rapporti concessori in atto come conseguenza della non applicazione della legge, decide di regolare gli effetti temporali della propria decisione, individuandone l'operatività al 31.12.2023. Tale termine viene considerato congruo per consentire alle p.a. di svolgere le gare, e al contempo non elusivo dell'ob-

bligo di adeguamento della realtà nazionale all'ordinamento europeo. Scaduto tale termine, tutte le concessioni demaniali devono considerarsi prive di effetto, indipendentemente dalla presenza o meno di un soggetto subentrante nel rapporto concessorio.

Nel trattare della graduazione temporale, l'Adunanza torna a precisare il ragionamento giuridico circa il tema del giudicato favorevole al concessionario demaniale alla luce di una peculiarità della vicenda oggetto di esame: la sentenza *Promoimpresa* è stata pronunciata nel 2016 (e quindi prima della modifica normativa del 2018), non potendo pertanto costituire quella sopravvenienza idonea ad incidere sul giudicato formatosi successivamente (riguardante appunto la modifica normativa del 2018). A fronte di tale dato, questa volta seguendo forse una più incerta opzione ermeneutica, la Plenaria richiama il ruolo delle sue pronunce in punto di certezza del diritto e la necessità di evitare disparità di trattamento e di garantire semplificazione e linearità della disciplina pubblicistica, concludendo che anche i giudicati favorevoli per il concessionario formati sulla normativa del 2018 cesseranno di disciplinare il rapporto concessorio a far data dalla scadenza del periodo transitorio biennale.

La Plenaria ricorda infine i principi che dovranno ispirare lo svolgimento delle gare deducibili dall'art. 12 della direttiva servizi e dalla sentenza *Promoimpresa*. Dalla loro breve disamina emerge il difficile bilanciamento tra opposti interessi cui sono chiamate le Amministrazioni concedenti e di cui dovrebbe invece farsi carico il Legislatore nel rispetto del diritto Ue ed in coerenza con l'evoluzione della normativa interna sull'evidenza pubblica. Su questa linea, torna in maniera espressa l'auspicio che nell'intervallo temporale stabilito il legislatore approvi quella disciplina organica della materia tante volte annunciata.

### 5. *Considerazioni conclusive*

Pur seguendo percorsi logici e parametri chiaramente differenti, la Corte costituzionale, la Commissione Ue e il Consiglio di Stato, chiamati a scrutinare le ultime proroghe disposte dal legislatore nazionale e regionale, ne hanno statuito l'incompatibilità rispetto all'interesse di tutela della concorrenza di matrice

europea (per diretta ed esplicita violazione del diritto Ue o per violazione del parametro costituzionale rappresentato dall’art. 117, c. 2, lett. e).

Le comuni conclusioni sembrano escludere ogni possibilità di bilanciamento dell’interesse di tutela della concorrenza con ogni altro interesse di rilievo costituzionale o europeo, anche – ed anzi a maggior ragione – nel contesto di grave crisi economica determinato dall’emergenza pandemica.

Al contempo, dalle argomentazioni dei casi esaminati riemerge chiaramente la diversità di interessi, di diritti e di fattori in gioco, nonché l’influenza che su fondamentali istituti giuridici nazionali esercita il diritto europeo sulla materia delle concessioni demaniali ad uso turistico-ricreativo.

Come anticipato in premessa, questa complessità, connaturata alla materia delle concessioni, unitamente allo stato di prolungata incertezza normativa nazionale ha innescato negli anni un’attuazione contraddittoria della disciplina nazionale da parte delle p.a., un contenzioso crescente tra concessionari e amministrazioni locali, pronunce di illegittimità costituzionale di leggi regionali di proroga e pronunciamenti a volte “confusivi” del Giudice amministrativo. Il legislatore nazionale ha promesso a più riprese alle istituzioni europee, agli Enti territoriali e agli operatori del settore una disciplina organica, finendo però sempre per intervenire con provvedimenti transitori di proroga delle concessioni in essere.

La speranza di una risoluzione normativa era stata da ultimo rivolta al disegno di legge per il mercato e la concorrenza 2021-2022 – incluso tra gli obiettivi del PNRR – nel quale tuttavia è stata prevista unicamente una delega al Governo per costituire un sistema informativo di rilevazione dei rapporti concessori [ANCI 2021; AGCM AS1730/2021; Conferenza delle Regioni 2021]. Tutt’altro che celato era l’intento di “prendere tempo” nell’auspicio che un chiaro orientamento sulla vicenda venisse fornito dalla Plenaria.

Quest’ultima, consapevole della portata nomofilattica della propria decisione, fatte salve alcune opzioni ermeneutiche non sempre del tutto rigorose, ha in generale confermato principi già consolidati nei rapporti tra diritto interno ed europeo. Al contempo, ha inteso imprimere un’accelerazione nella direzione di

una soluzione all'annosa vicenda, in parte forse anche spingendosi oltre quanto atteso.

All'intento di rivolgersi al Giudice amministrativo, dirimendo i contrasti giurisprudenziali sulla materia, si è difatti aggiunta la statuizione di limiti temporali alle concessioni attuali e di criteri ispiratori delle gare condizionanti l'agire amministrativo. La decisione ha inteso infine anticipare le sorti di eventuali future proroghe, stabilendo che esse saranno da considerarsi senza efficacia e non applicabili da parte del giudice e di ogni organo amministrativo.

Preme ricordare come a sollecitare il Legislatore sia nel frattempo tornata anche la Commissione europea, rinnovando la richiesta di urgente conformazione della normativa nazionale al diritto Ue all'indomani dell'approvazione del disegno di legge per la concorrenza [Gospodinova 2021]. Dal canto suo, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato prosegue nell'attività di diffida alle amministrazioni locali e regionali che hanno recepito l'estensione delle concessioni fino al 2033 [AGCM AS1801/2021].

In questo quadro di persistente conflittualità nella gestione dei rapporti nella *governance* multilivello delle concessioni, l'auspicio dell'Adunanza e delle istituzioni europee e nazionali a tutti i livelli è che il legislatore intervenga a riordinare la disciplina in coordinamento e nel rispetto del ruolo degli Enti territoriali e di una tabella di marcia che appare non più eludibile, così da consentire alle amministrazioni di svolgere procedure che riflettano un contemperamento tra le istanze di garanzia della concorrenza e quelle di tutela dei concessionari uscenti, tale da rifuggire dubbi interpretativi forieri di applicazioni discordanti e contenziosi.

### *Bibliografia essenziale*

Associazione nazionale comuni italiani, *Proroga concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo*, lett. Prot. 20/VSG/SD/MS, Roma, 9.3.2021;

AGCM, Segnalazione AS1801, *Regione Calabria, proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative*, bollettino n. 46 del 22.11.2021;

- AGCM, Segnalazione AS1730, *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021*, bollettino n. 13 del 29.3.2021;
- Conferenza delle regioni e delle province autonome, 21/81/CR5/C11, *Contributo per la legge annuale per il mercato e la concorrenza*, 4.6.2021;
- A. Cossiri, *La proroga delle concessioni demaniali marittime sotto la lente del giudice costituzionale e della Corte di giustizia dell'UE*, «federalismi.it», 13.7.2016;
- A. De Siano, *Disapplicazione per difformità dal diritto UE e protagonismo giurisprudenziale*, 28.7.2021, «federalismi.it», p. 20;
- G. Di Cosimo, *La legislazione regionale sulle concessioni demaniali marittime a uso turistico e ricreativo al vaglio della Corte costituzionale*, *supra*, pp. 109 ss.;
- M. Ferrara, G. Ioannides, G. Vosa (a cura di), *Dossier ragionato sulle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo*, «federalismi.it», 21.7.2021, p. 3;
- S. Gospodinova, Portavoce per il Mercato Interno, Commissione europea, Bruxelles, 5.11.2021.



Giulio M. Salerno

## Conclusioni

Gli atti raccolti nel presente volume, scaturiti dalle attività seminariali svoltesi presso l'Università di Macerata, e dalla collegata *call for papers*, permettono di mettere a fuoco aspetti già noti sul periglioso tema delle concessioni balneari che tanti problemi solleva a livello locale, nazionale ed europeo, e di disvelare, direi smascherare, aspetti assai meno noti, illuminando anche profili assai ambigui se non oscuri nei rapporti tra le pubbliche autorità, che hanno assunto ruoli atipici, per non dire incongrui o addirittura abusivi.

La questione delle concessioni demaniali, deve dirsi, è un simbolo di inefficienza, anzi di una lunga e grave inefficienza, della *governance* multilivello fondata sulla possibilità, in casi di controversia tra i livelli istituzionali *pro quota* competenti, di trovare un ragionevole bilanciamento in sede giurisdizionale. Ed infatti una conclusione spesso ripetuta nei contributi qui presenti è proprio la necessità che il legislatore statale eserciti le sue responsabilità, sia nei confronti dei cittadini rappresentati, sia nei confronti degli impegni assunti nel processo di integrazione europea.

Ma, correttamente, in questa sede non ci si è limitati all'appello alla responsabilità del legislatore. Si sono formulate, infatti, opportune soluzioni, così come si sono indicati appositi principi e criteri che potrebbero essere utilmente utilizzati, così dimostrando che la riflessione giuridica può andare al di là della discussione teorica, ma è capace, soprattutto se frutto dell'apporto pluridisciplinare, di offrire alla discussione pubblica, e quindi anche ai decisori politici, prospettive di concreta soluzione.

È stato importante, dunque, raccogliere i numerosi ed approfonditi contributi qui presenti perché ha consentito di ben com-

prendere la pluralità delle posizioni e dei conseguenti conflitti contemporaneamente presenti: tra i privati, in quanto ci si deve chiedere se un diritto, per sua natura temporaneo, possa diventare un legittimo affidamento ad un interesse che le pubbliche autorità dovrebbero riconoscere e addirittura tutelare in modo perpetuo; tra privati e autorità, in quanto sussiste una pluralità di interessi privati, collettivi, diffusi e pubblici, tra i quali è necessario operare un ragionevole e corretto bilanciamento nel rispetto dei principi costituzionali e degli obblighi assunti a livello europeo; tra diversi livelli istituzionali, in quanto ciascuno è tenuto ad agire nella rispettiva funzione di rappresentanza esponenziale di collettività o di ordinamenti.

Si è dimostrato, in definitiva, che la questione delle concessioni è un *unicum* giuridico anche perché è un crogiuolo di paradossi ed etichette. Lo Stato, in nome della concorrenza, potrebbe negare o comunque censurare l'esercizio della funzione legislativa da parte delle Regioni, ma, d'altro canto, non ha ancora pienamente esercitato la funzione legislativa che, proprio a tutela della concorrenza, dovrebbe assicurare il temperamento tra i molteplici interessi in giuoco. I soggetti privati, in nome della tutela degli interessi acquisiti in modo più o meno legittimo, ma ormai divenuti di forte rilievo sociale, chiedono il riconoscimento di una sorta di "diritto soggettivo pubblico" alla concessione. L'Unione europea, pur affermandosi la presenza di interessi ulteriori rispetto alla concorrenza, sembra diventata la paladina di un solo interesse, quello all'apertura del mercato a soggetti altri rispetto a quelli già concessionari.

I contributi presenti in questo volume consentono, dunque, di far emergere la multidimensionalità degli interessi in giuoco, la specificità del bene e della concessione, e la possibilità, consequenziale, di una disciplina specifica e peculiare. Si può allora indicare un'ulteriore esigenza di bilanciamento: la necessità di tutelare i molteplici valori costituzionali che emergono da questa particolare e specifica attività, e nel contempo gli obblighi assunti in sede europea. Non vorremmo, certo, che si giungesse alla contorta soluzione adottata con la vicenda Taricco. I cittadini, italiani e europei, chiedono ai legislatori di assumersi le rispettive responsabilità, ai giudici di provvedere alla tutela dei diritti nel rispetto della legge, e alle amministrazioni di adottare



provvedimenti coerenti con le norme vigenti. La dottrina ha qui svolto il suo compito di analisi scientificamente argomentata e politicamente neutrale. Le giurisdizioni si sono pronunciate a più riprese sui tanti aspetti problematici. Ed in questo volume (esattamente nella terza sezione) si sono affrontati anche i più recenti sviluppi collegati alle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. Il cantiere, insomma, è ancora aperto, e il legislatore dovrà fornire risposte coerenti e ragionevoli. Torneremo ad affrontare questo tema, considerata la rilevanza sociale ed economica, con la certezza che il nostro contributo costituisca un aiuto senz'altro utile per le decisioni che attendiamo e che devono essere adottate con sempre maggiore urgenza.



## Notizie sugli autori

**Alberto Agostini** è dottore in giurisprudenza, laureato con lode nell'Università di Bologna, praticante avvocato presso uno studio legale specializzato in diritto amministrativo. È tirocinante presso la Corte di Appello di Bologna.

**Stefano Agosto** è dottorando di ricerca in diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali nell'Università di Ferrara.

**Maria Eugenia Bartoloni** è professore ordinario di diritto dell'Unione europea nell'Università della Campania "L. Vanvitelli". Già Consulente giuridica nell'ambito dell'Accordo Quadro tra Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare e Unioncamere.

**Alessandra Camaiani** è avvocato, coordinatrice del dipartimento giuridico della Cooperativa "Generazioni Future Rodotà", già componente dell'Osservatorio permanente per la legalità costituzionale.

**Massimo Carlin** è avvocato amministrativista e si occupa di demanio marittimo e lacuale, paesaggio ed ambiente. È autore o co-autore di monografie e saggi in materia di demanio, edilizia, urbanistica e opere pubbliche.

**Gianluigi Ceruti** è avvocato patrocinante dinnanzi alle Magistrature Superiori, deputato nella decima legislatura e primo firmatario di progetti di legge approvati dal Parlamento in materia di tutela ambientale, tra le quali la legge istitutiva dei parchi nazionali.

**Riccardo Ceruti** è collaboratore dello Studio legale Gianluigi Ceruti.

**Angela Cossiri** è professore associato di diritto costituzionale nell'Università di Macerata e principal investigator del progetto "COSTE" del Centro di Studi Costituzionali dell'Università di Macerata. Già Consigliere del Sottosegretario di Stato per le politiche e gli affari europei, ha svolto l'attività di "Esperto" presso il Dipartimento politiche europee della Presidenza del Consiglio dei ministri.

**Fulvio Costantino** è ricercatore di diritto amministrativo nell'Università di Macerata.

**Massimino Crisci** è dottorando di ricerca in diritto amministrativo nell'Università di Bari e avvocato amministrativista.

**Valeria Curella** è dottoranda presso il Centre de Droit et de Politique comparés Jean-Claude Escarras dell'Università di Tolone, con un progetto di ricerca in diritto pubblico comparato e dell'Unione europea. L'ultima posizione ricoperta è presso la Struttura di missione per le procedure d'infrazione della Presidenza del Consiglio dei ministri con assegnazione all'Ufficio Legislativo del Ministro per gli Affari europei.

**Riccardo D'Ercole** è avvocato e cultore in giustizia amministrativa e diritto ambientale presso l'Università di Macerata.

**Viviana Di Capua** è ricercatore in Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Napoli Federico II.

**Giovanni Di Cosimo** è professore ordinario di diritto costituzionale presso l'Università di Macerata e componente della direzione delle riviste: Osservatorio sulle fonti, Le Regioni, Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale.

**Lara Discepolo** è dottoranda in "Diritto e Innovazione" presso l'Università di Macerata con un progetto di ricerca in diritto della navigazione e praticante avvocato.

**Maria Chiara Girardi** è dottoranda in "Diritti umani: teoria, storia e prassi" nell'Università di Napoli Federico II.

**Alessia Monica** è dottore di ricerca in Istituzioni, Amministrazioni e politiche regionali, borsista di ricerca in diritto dell'Unio-

ne europea e diritto amministrativo europeo presso l'Università di Pavia e professore a contratto di diritto sanitario presso l'Università di Milano.

**Anna Paiano** è dottoranda di diritto pubblico presso l'Università di Roma Tor Vergata.

**Riccardo Palliggiano**, laureato con lode in diritto amministrativo presso l'Università di Napoli Federico II con una tesi sul tema delle concessioni demaniali marittime, è tirocinante presso Tar Campania e praticante avvocato.

**Claudia Pennacchietti** è dottore di ricerca in diritto internazionale e dell'Unione europea presso l'Università di Macerata. Già *Marie Curie Fellow* presso la City, University of London, i suoi studi riguardano principalmente il rapporto tra ordinamento interno e diritto dell'Unione europea.

**Simone Pitto** è dottore di ricerca in diritto costituzionale interno, comparato ed europeo presso l'Università di Genova. È avvocato e autore di pubblicazioni nei settori della tutela dei diritti, sostenibilità ambientale e alimentare, partecipazione elettorale.

**Stefano Pollastrelli** è professore ordinario di diritto della navigazione nell'Università di Macerata e coordinatore del Centro Universitario di Studi Marittimi Adriatico-Ionici e dei Trasporti Transeuropei. Dal 1° novembre 2018 è direttore del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Macerata.

**Giulio Profeta** è dottorando all'Università di Pisa in Scienze giuridiche, curriculum "Amministrazione, mercato e giustizia penale". Esercita la professione forense in uno studio legale specializzato in diritto amministrativo. Già corsista al seminario di studi parlamentari Silvano Tosi di Firenze.

**Giulio M. Salerno** è professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Coordinatore del Centro di Studi Costituzionali presso l'Università di Macerata e Direttore dell'Istituto di Studi sui Sistemi Regionali, Federali e sulle Autonomie (ISSIRFA) "Massimo S. Giannini", CNR.

**Enrico Verdolini** è dottorando in diritto costituzionale nell'Università di Bologna. Vincitore della borsa di studio della «Banca dei Sibillini» per la tesi di laurea.

**Giuliano Vosa**, è *Investigador Visitante* presso l'Università Rey Juan Carlos di Madrid, già *Investigador García Pelayo* presso il CEPC – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, è stato assegnista di ricerca in diritto costituzionale presso la LUISS Guido Carli. Si è occupato di rapporti fra ordinamenti, di diritto dell'ambiente, e, più in generale, di diritto costituzionale comparato ed europeo.



## Coste e diritti

Alla ricerca di soluzioni per le concessioni balneari

La disciplina delle concessioni demaniali ad uso turistico-ricreativo ha prodotto conflitti tutt'ora irrisolti che hanno coinvolto Stato, Unione europea, Regioni, Enti locali e imprese balneari.

Questo volume collettaneo intende tenere in dialogo diverse prospettive giuridiche per cogliere le molte sfaccettature dell'intricata vicenda e la sua irriducibile complessità tecnica. Obiettivo è fornire ai *decision-makers* e agli operatori del diritto una cornice ricostruttiva e proposte concrete capaci di contemperare i diversi interessi pubblici e privati implicati.

**Angela Cossiri** è professore associato di diritto costituzionale nell'Università di Macerata.



**eum** edizioni università di macerata

€ 18,00

ISBN 978-88-6056-791-8



9 788860 567918