

13 LUGLIO 2016

La proroga delle concessioni
demaniali marittime sotto la lente del
giudice costituzionale e della Corte di
giustizia dell'UE

di Angela Cossiri

Ricercatrice di Istituzioni di diritto pubblico
Università di Macerata



La proroga delle concessioni demaniali marittime sotto la lente del giudice costituzionale e della Corte di giustizia dell'UE*

di Angela Cossiri

Ricercatrice di Istituzioni di diritto pubblico
Università di Macerata

Sommario: 1. Premessa: il quadro normativo. – 2. Le proroghe regionali delle concessioni demaniali al vaglio del giudice costituzionale. – 3. Le conclusioni dell'avvocato generale nella causa "Promoimpresa". – 4. La proroga in Spagna e il problema della sua compatibilità con il diritto dell'Unione. – 5. Osservazioni conclusive: la Corte costituzionale è "più realista del re"?

1. Premessa: il quadro normativo

I beni facenti parte del demanio pubblico marittimo sono disciplinati dal codice della navigazione. L'articolo 36 prevede che tali beni possano costituire oggetto di una temporanea concessione di occupazione e di uso, anche esclusivo, compatibilmente con le esigenze di pubblico uso.

Il codice prevedeva, inoltre, all'articolo 37, paragrafo 2, una preferenza per il concessionario uscente in caso di rinnovo della concessione (cd. diritto di insistenza). In seguito all'avvio di un procedimento di infrazione da parte della Commissione europea (archiviato poi il 27 febbraio 2012)¹, tale diritto di preferenza è stato abolito dall'articolo 1, comma 18, del decreto legge del 30

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Si tratta della procedura d'infrazione n. 2008/4908: la Commissione europea, con una lettera di costituzione in mora notificata il 2 febbraio 2009, aveva ritenuto che il dettato dell'art. 37 del codice della navigazione italiano fosse in contrasto con l'art. 43 TCE (ora art. 49 TFUE) poiché, prevedendo un diritto di preferenza a favore del concessionario uscente nell'ambito della procedura di attribuzione delle concessioni del demanio pubblico marittimo, configurava una restrizione alla libertà di stabilimento e comportava discriminazioni in base al luogo di stabilimento dell'operatore economico, rendendo difficile l'accesso di qualsiasi altro concorrente alle concessioni in scadenza. A seguito di tali rilievi, il legislatore italiano è intervenuto con l'art. 1, comma 18, del decreto-legge n. 194 del 2009, che ha disposto la soppressione del secondo periodo del secondo comma dell'art. 37 cod. nav., nella parte in cui accordava



dicembre 2009, n. 194, nel quale il legislatore nazionale ha stabilito le modalità di accesso alle concessioni da parte degli operatori economici. Sono state, infatti, tenute in considerazione le ragioni della libertà di concorrenza nel mercato emergenti dai Trattati, che hanno indotto il legislatore europeo ad adottare la direttiva 2006/123 in materia di libera circolazione dei servizi (cd. direttiva Bolkestein). In particolare, l'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva prevede che, qualora il numero di autorizzazioni disponibili sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche, le autorizzazioni debbano essere rilasciate mediante una procedura di selezione imparziale e trasparente, per una durata limitata, e non possano prevedere un rinnovo automatico. Questa disciplina è funzionale ad assicurare che l'attività che implica un numero di operatori limitato rimanga aperta alla concorrenza e, pertanto, potenzialmente accessibile ai nuovi prestatori di servizi.

Nell'occasione dell'abolizione del cd. diritto di insistenza, il legislatore italiano ha previsto la proroga al 31 dicembre 2015 delle concessioni per finalità turistico-ricreative in scadenza prima di tale data e in atto al 30 dicembre 2009, giorno dell'entrata in vigore dello stesso decreto-legge. Questa disposizione è stata in seguito modificata dall'articolo 34 *duodecies* del decreto legge n. 179/2012, convertito in legge del 17 dicembre 2012, n. 221, che ha reiterato la proroga sino al 2020.

L'art. 1, comma 18, sopra citato, ha attribuito alla disciplina carattere transitorio, in attesa della revisione della legislazione in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi da realizzarsi, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento, sulla base di una intesa da raggiungere in sede di Conferenza Stato-Regioni, nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di garanzia dell'esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti, nonché in funzione del superamento del diritto di

una preferenza al concessionario in scadenza. La vicenda però non è finita qui. Infatti, in sede di conversione del decreto legge n. 194, il legislatore italiano ha aggiunto un rinvio indiretto all'articolo 1, comma 2, del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400 (Disposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime), che produceva l'effetto di consentire il rinnovo automatico delle concessioni, di sei anni in sei anni. La Commissione europea, con lettera del 5 maggio 2010, di messa in mora complementare nell'ambito della medesima procedura di infrazione 2008/4908, ha ritenuto che tale rinvio privasse, nella sostanza, di ogni effetto l'adeguamento ai principi comunitari effettuato con il decreto-legge e fosse contrario, sia all'articolo 12 della direttiva 2006/123/CE (nel frattempo entrata in vigore nel 2009), sia all'articolo 49 TFUE, che vieta le restrizioni alla libertà di stabilimento. In seguito a questi ulteriori rilievi, l'articolo 11, comma 1, lettera a), della legge 15 dicembre 2011, n. 217, ha abrogato il già citato comma 2 dell'articolo 1 del decreto-legge n. 400 del 1993 e ha delegato il Governo ad adottare, entro quindici mesi, un decreto legislativo avente ad oggetto la revisione e il riordino della legislazione relativa alle concessioni demaniali marittime. In conseguenza di questi interventi legislativi, la procedura di infrazione è stata chiusa il 27 febbraio 2012. La delega è poi scaduta senza adempimento.

insistenza. La finalità del legislatore è, dunque, quella di rispettare gli obblighi comunitari in materia di libera concorrenza e di consentire ai titolari di stabilimenti balneari di completare l'ammortamento degli investimenti nelle more del riordino della materia.

La direttiva 2006/123 è trasposta nel diritto italiano dal decreto legislativo n. 59/2010. L'articolo 16, paragrafo 4, di tale decreto legislativo dispone che, nelle ipotesi in cui il numero di titoli autorizzatori disponibili sia limitato per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali, detti titoli non possano essere rinnovati automaticamente.

Si tratta di capire, dunque, se, nonostante il corretto recepimento della direttiva avvenuto nel 2010, la proroga delle concessioni, introdotta dal legislatore italiano nel 2009 con il *placet* della Commissione europea, e poi, nel 2012, reiterata sino al 2020, comporti una violazione del diritto dell'Unione. La questione è al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione europea, chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale dai TAR Lombardia e Sardegna. Il 25 febbraio 2016 sono state depositate le conclusioni dell'avvocato generale, che, sebbene non vincolino il collegio nella sua decisione finale, sembrano preannunciare una censura della legislazione italiana.

Sul fronte del diritto regionale, tra il 2009 e il 2012, alcune Regioni italiane avevano adottato legislazioni miranti a prorogare le concessioni demaniali marittime in essere². Su ricorso del Governo, tali leggi sono state scrutinate dalla Corte costituzionale: le sentenze utilizzano il parametro costituito dall'art. 117, comma 1, Cost. che si ritiene violato per incompatibilità con il diritto dell'Unione.

Oggetto di questo studio è il confronto tra le ragioni argomentative espresse, da un lato, dalla Corte costituzionale nei confronti delle legislazioni regionali, dall'altro, dall'avvocato generale europeo che considera la legislazione statale incompatibile con la direttiva 2006/123. Entrambi scrutinano le proroghe disposte dal legislatore alla luce del parametro costituito dal diritto dell'Unione, giungono alla medesima conclusione dell'incompatibilità, ma utilizzano percorsi logici parzialmente differenti, attribuendo un significato diverso ai vincoli derivanti dal diritto europeo. Gli effetti delle pronunce caducatorie potrebbero dunque prospettarsi in termini differenti.

Allo scopo di chiarire il punto di vista delle istituzioni europee, sembra utile esaminare anche la posizione espressa dalla Commissione Ue sulla proroga delle concessioni introdotta dal legislatore spagnolo, talora invocata come modello da tenere in considerazione anche per l'Italia. L'analisi

² Esamina queste legislazioni regionali M. D'ADAMO, *Rinnovi di concessioni demaniali marittime e concorrenza. Il punto sulla normativa nazionale e regionale, e sulla recente giurisprudenza costituzionale, amministrativa e contabile, alla luce dei principi comunitari*, in *lexitalia.it*, gennaio 2011.



condotta pare dimostrare che le due situazioni normative, quella spagnola e quella italiana, presentano caratteristiche molto differenti, che le rendono difficilmente comparabili.

2. Le proroghe regionali delle concessioni demaniali al vaglio del giudice costituzionale

La Corte costituzionale italiana ha annullato per violazione del diritto dell'Unione Europea alcune disposizioni di leggi regionali che introducevano proroghe, diversamente modulate, alle concessioni demaniali marittime. In questo filone giurisprudenziale, consolidato quanto alle conclusioni raggiunte, il giudice costituzionale scruta le legislazioni regionali con riferimento all'art. 117, comma 1, Cost., rilevando la violazione dei principi inerenti il diritto di stabilimento e la tutela della concorrenza previsti nei Trattati europei.

In particolare, nella sentenza n. 180/2010, che può essere considerata il *leading case* nella materia, il giudice costituzionale ha esaminato la legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge della Regione Emilia-Romagna 23 luglio 2009, n. 8, nella parte in cui stabilisce che «i titolari di concessioni demaniali marittime [...] potranno chiedere, entro il 31 dicembre 2009, la proroga della durata della concessione fino ad un massimo di venti anni a partire dalla data di rilascio». Secondo la Corte, «la norma regionale impugnata viola l'art. 117, primo comma, Cost., per contrasto con i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario in tema di diritto di stabilimento e di tutela della concorrenza. Infatti la norma regionale prevede un diritto di proroga in favore del soggetto già possessore della concessione, consentendo il rinnovo automatico della medesima. Detto 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».

La Regione ha sottolineato in corso di giudizio che la domanda di proroga non sarebbe accettata in ogni caso, ma solo se corredata di un adeguato piano di investimenti per la valorizzazione del bene dato in concessione, che, solo se apprezzato dall'amministrazione di riferimento, determinerà una maggiore durata del rapporto concessorio, proporzionale alla tipologia di investimento proposto, al fine di consentire l'ammortamento dei costi e l'equa remunerazione dei capitali investiti. Non vi sarebbe, dunque, violazione del principio di libertà di concorrenza, in quanto la norma impugnata sarebbe preordinata a tutelare il principio dell'affidamento e le legittime aspettative dei concessionari, in ragione dei loro obiettivi di miglioramento delle infrastrutture serventi il bene demaniale in concessione.



Secondo la Corte, questo argomento avrebbe un senso solo se la norma impugnata avesse lo scopo di ripristinare la durata originaria della concessione, neutralizzando gli effetti di una precedente norma che avesse arbitrariamente ridotto la durata della stessa. In questo caso, invece, 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. Al contempo, la disciplina regionale impedisce l'accesso di altri potenziali operatori economici al mercato, ponendo barriere all'ingresso tali da alterare la concorrenza tra imprenditori. La norma impugnata, ad avviso del giudice costituzionale, determina, dunque, un'ingiustificata compressione dell'assetto concorrenziale del mercato della gestione del demanio marittimo, invadendo una competenza spettante allo Stato, violando il principio di parità di trattamento, che si ricava dagli artt. 49 e ss. TFUE, in tema di libertà di stabilimento, favorendo i vecchi concessionari a scapito degli aspiranti nuovi³.

Con la sentenza n. 233/2010 si dichiara fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 36, comma 2, della legge della Regione Friuli-Venezia Giulia 30 luglio 2009, n. 13. 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, Cost. Secondo la Corte, «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

³ Per una lettura critica di questa sentenza, si veda M. ESPOSITO, *La triade schmittiana à rebours*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2010, p. 2167 ss. L'Autore rileva la mancata considerazione dell'art. 345 TFUE, secondo il quale il Trattato «lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri», circoscrivendo così la sfera di efficacia del Trattato stesso: Sia le parti sia il giudice delle leggi hanno dato per assunto che anche la disciplina giuridica del demanio sia scrutinabile alla luce degli artt. 49 e 101 TFUE, sebbene nessuna di tali due norme contenga precetti derogatori della regola generale di cui all'art. 345 né, in ogni caso, disciplini, per espresso o per implicito, modi e forme di esercizio della proprietà demaniale. Invece, «la questione sottoposta alla Corte costituzionale riguardava la regolamentazione di un tipico atto di esercizio del titolo di appartenenza demaniale che, a prescindere dalle varie ricostruzioni dogmatiche che se ne sono date, rappresenta però certamente una forma di appropriazione». L'A. sottolinea anche come la proroga *de qua*, in quanto condizionata, non sia assimilabile al rinnovo automatico a semplice richiesta del concessionario. La Corte sarebbe dunque incorsa in un fraintendimento, leggendo nella norma una forma di proroga *ad nutum*, «in evidente contrasto col disposto testuale in sé e nel suo contesto sistematico».

la possibilità, alla scadenza della suddetta concessione, di prendere il posto del precedente gestore».

La sentenza n. 340/2010, che richiama la sentenza n. 180/2010, censura l'articolo 16, comma 2, legge della Regione Toscana 23 dicembre 2009, n. 77, nella parte in cui dispone che «[s]u richiesta del concessionario la durata della proroga può essere estesa fino ad un massimo di venti anni, in ragione dell'entità degli investimenti realizzati e dei relativi ammortamenti e sulla base di criteri e modalità definiti dalla Giunta regionale con regolamento, sentite l'Associazione nazionale comuni italiani (ANCI) Toscana e le associazioni di categoria dei concessionari entro sei mesi dall'entrata in vigore della presente legge». Secondo la Corte, la disposizione viola il divieto di rinnovo automatico della concessione previsto nel diritto dell'Unione. La Regione Toscana oppone che la concessione non sarebbe prorogata automaticamente, ma sulla base di una valutazione caso per caso, in considerazione degli investimenti effettuati per garantire lo sviluppo turistico, e che occorrerebbe pertanto un bilanciamento d'interessi tra la tutela della concorrenza e quella del turismo, di competenza regionale, trattandosi di dover tutelare il livello occupazionale e di stimolare la ripresa dell'economia toscana. Secondo il giudice costituzionale, tuttavia, la disciplina regionale impedisce l'accesso di altri potenziali operatori economici al mercato, ponendo barriere all'ingresso tali da alterare la concorrenza tra imprenditori. La norma impugnata determina, dunque, un'ingiustificata compressione nella gestione del demanio marittimo, violando il principio di parità di trattamento, che si ricava dagli artt. 49 e ss. TFUE, in tema di libertà di stabilimento, e favorendo i vecchi concessionari a scapito degli aspiranti nuovi⁴.

Con la sentenza n. 213/2011 la Corte ha annullato alcune disposizioni di leggi delle Regioni Marche, Veneto e Abruzzo, tutte riferite a diverse ipotesi di proroga delle concessioni demaniali marittime.

L'art. 4, comma 1, della legge della Regione Marche n. 7 del 2010 stabilisce che i Comuni, su richiesta del concessionario, possano estendere la durata della concessione fino ad un massimo di venti anni, in ragione dell'entità e della rilevanza economica delle opere realizzate e da realizzare, in conformità al piano di utilizzazione delle aree del demanio marittimo vigente. Secondo la Corte, il legislatore regionale, nel sancire la possibilità di estendere la durata delle concessioni

⁴ Per il commento della sentenza, si veda G. LO CONTE, *Rinnovo di concessione di beni demaniali e tutela della concorrenza: un matrimonio impossibile*, in *Gazzetta Amministrativa*, 2/2011, p. 32 ss. Secondo l'Autore, La sentenza «pur non presentando profili di particolare novità, merita comunque interesse perché, richiamando il principio di massima apertura al mercato, conferma non soltanto un orientamento ormai consolidato della giurisprudenza costituzionale e amministrativa, ma si pone in piena sintonia anche con l'operato svolto dall'Autorità deputata alla tutela della concorrenza».



demaniali in corso, ha posto una disciplina che, violando quella introdotta dall'art. 1, comma 18, del d.l. n. 194 del 2009, eccede dalle sue competenze. Quest'ultima disposizione, infatti, rende solo possibile – in ragione dell'entità e della rilevanza economica delle opere da realizzare – il rilascio di nuove concessioni di durata superiore a sei anni e comunque non superiore a venti anni. La norma impugnata, diversamente, prevede la possibilità di estendere la durata delle concessioni in atto fino al limite di venti anni. La Corte richiama gli argomenti posti a base delle sue precedenti pronunce: il legislatore regionale attribuisce al titolare della concessione la possibilità di ottenerne la proroga (seppure in presenza di determinati presupposti) e, in tal modo, viola l'art. 117, primo comma, Cost.; la disciplina, infatti, per quanto preveda la verifica di determinati presupposti per accordare la proroga, pone un ostacolo all'accesso di altri potenziali operatori economici nel mercato di riferimento.

Analogo ragionamento è condotto nei confronti delle proroghe introdotte dalla legge della Regione Veneto n. 13 del 2010: la normativa regionale impugnata regola talune ipotesi di rilascio di concessione su beni demaniali marittimi, tutte in contrasto con la disciplina fissata dall'art. 1, comma 18, del d.l. n. 194 del 2009. La prima ipotesi è quella prevista dall'art. 5, comma 1, il quale dispone che le concessioni in corso al momento dell'entrata in vigore della legge regionale e quelle che, alla medesima data, sono oggetto di domanda di rinnovo e in corso di istruttoria, sono prorogate al 31 dicembre 2015. Tale disposizione, pur indicando lo stesso termine di scadenza, disciplina una fattispecie diversa da quella statale. Il legislatore regionale, infatti, nel fare uso della proroga *ope legis* prevista dalla norma statale la applica a concessioni diverse da quelle prese in considerazione da quest'ultima. In sostanza, la disposizione impugnata prende in considerazione le concessioni in corso e quelle oggetto di domanda di rinnovo alla data di entrata in vigore della legge regionale, cioè il 19 febbraio 2010 e, dunque, con riguardo ad un momento temporale diverso e successivo rispetto a quello indicato dalla norma statale, così trovando applicazione rispetto a fattispecie differenti da quelle di cui all'art. 1, comma 18, del d.l. n. 194 del 2009.

La seconda ipotesi, presa in esame dal legislatore regionale, è quella indicata dall'art. 5, commi 2 e 3, in virtù dei quali il titolare di una concessione in corso di validità al momento dell'entrata in vigore della legge regionale, anche se per effetto del precedente comma 1, che abbia eseguito delle opere edilizie ed abbia acquistato attrezzature per un determinato importo, può richiedere la modifica della durata della concessione per un periodo che varia da sei a venti anni. La terza ipotesi è quella prevista nell'art. 5, comma 4, per effetto del quale il titolare di una concessione in corso di validità al momento dell'entrata in vigore della legge regionale, se ha eseguito lavori di pubblica utilità previsti dal Comune e non rientranti in quelli dei precedenti commi, può chiedere

la modifica della durata della concessione per un periodo tra i due e i quattro anni. Per quanto attiene a queste fattispecie, valgono le considerazioni fatte con riferimento all'art. 4 della legge della Regione Marche n. 7 del 2010, atteso che si prevedono proroghe delle concessioni demaniali in corso, in violazione dell'art. 1, comma 18, del d.l. n. 194 del 2009 e, conseguentemente, dell'art. 117, primo comma, Cost.

Anche la questione relativa agli artt. 1 e 2 della legge della Regione Abruzzo n. 3 del 2010 è fondata. Quanto all'art. 1, il legislatore regionale abruzzese ha previsto la possibilità di estendere la durata delle concessioni demaniali in atto, con ciò attribuendo ai titolari delle stesse una proroga in violazione dei principi di libertà di stabilimento e di tutela della concorrenza. Quanto all'art. 2, esso applica l'estensione disciplinata dal precedente art. 1 alle concessioni il cui procedimento di rilascio sia *in itinere* al momento dell'approvazione della legge regionale. Il fatto che l'art. 2 si riferisca a nuove concessioni e, quindi, non disponga alcuna proroga o modifica di quelle in corso, secondo la Corte, non esclude la sua illegittimità; ciò in quanto il rilascio delle concessioni demaniali marittime e, quindi, le regole che disciplinano l'accesso ai relativi beni da parte dei potenziali concessionari sono aspetti che rientrano nella materia della tutela della concorrenza, attribuita alla competenza esclusiva dello Stato, di cui l'art. 1, comma 18, del d.l. n. 194 del 2009 è espressione.

La Corte ribadisce il proprio ragionamento sulla violazione dell'art. 117, comma 1 e comma 2, lettera e), Cost. anche nella sentenza n. 171/2013. In questo caso è annullato l'articolo 1 della legge della Regione Liguria 30 luglio 2012, n. 24, che prevede, a determinate condizioni, una proroga automatica delle concessioni del demanio marittimo a favore del soggetto già titolare della concessione, senza determinarne la durata temporale.

In tutte le sentenze esaminate, riferite a proroghe configurate in modi differenti dai diversi legislatori regionali, il giudice costituzionale, utilizzando il parametro costituito dai principi contenuti nel TFUE, giunge alla conclusione della loro incompatibilità con la tutela della libera concorrenza nel mercato⁵. Le medesime conclusioni di merito erano state già raggiunte dall'Autorità garante del mercato e della concorrenza⁶ e dalla giurisprudenza amministrativa⁷.

⁵ Cfr. 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*, in *Federalismi.it*, 6 luglio 2011. L'Autore sottolinea come la conclusione raggiunta dalla Corte per le legislazioni regionali dovrebbe valere anche per la legislazione statale introduttiva della proroga, talchè appare contraddittorio che lo Stato, da un lato impugni le leggi regionali, adducendo l'incompatibilità comunitaria della proroga, dall'altro introduca analoga proroga.

⁶ Secondo l'AGCM, dalla restrizione discrezionale dell'accesso al mercato come regola e dalla posizione privilegiata delle imprese concessionarie derivano distorsioni alla concorrenza. Cfr. segnalazione del



Da questa giurisprudenza costituzionale emergono alcuni principi meritevoli di attenzione. Anzitutto, nell'ordinamento interno il diritto statale che costituisce attuazione di principi di diritto dell'Unione, in forza dell'art. 117, comma 1, Cost., assume una particolare rilevanza rispetto al diritto regionale. È la stessa Corte costituzionale nella sentenza 213/2011 a premettere all'esame delle questioni una osservazione di carattere generale: «la disciplina relativa al rilascio delle concessioni su beni demaniali marittimi investe 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». La tutela della concorrenza, attribuita alla esclusiva competenza statale in forza dell'art. 117, comma 2, lettera e), e presidiata da principi fondamentali di diritto dell'Unione, si dimostra un obiettivo, in grado di comprimere competenze regionali, come quelle in materia di turismo. Esiste, dunque, un particolare legame tra i due parametri costituiti dall'art. 117, comma 1 e comma 2. Non per caso, nei giudizi di legittimità costituzionale, il diritto europeo è molto più frequentemente invocato, come norma interposta, nei confronti delle leggi regionali, piuttosto che di quelle statali. Il tema è foriero di implicazioni sistematiche che meriterebbero trattazione e che in questa sede non possono essere approfondite.

Passando ad un piano più tecnico, la Corte costituzionale 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. A questo proposito, sarebbe utile distinguere i casi in cui gli investimenti sono stati già realizzati, da quelli in cui gli investimenti sono da realizzarsi. Se è vero, infatti, che il diritto di insistenza, dopo la sua abrogazione, non può essere invocato a fondamento di una pretesa di rinnovo della concessione, non è detto che la sua presenza nell'ordinamento nel momento della decisione dell'imprenditore di procedere all'investimento non abbia rilevanza ai fini della valutazione della sussistenza di un legittimo affidamento del concessionario, il quale, pur conoscendo la data di scadenza della propria concessione, avrebbe potuto contare, al momento

28.10.1998 (rif. AS152), «Misure di revisione e sostituzione di concessioni amministrative», pubblicato nel Boll. AGCM del 2.11.1998, n. 42/1998, disponibile in www.agcm.it. Più recentemente, cfr. anche segnalazione AGCM del 2.12.2008 (rif. AS491), «Disposizioni sul rilascio delle concessioni di beni demaniali e sull'esercizio diretto delle funzioni amministrative in materia di demanio marittimo», pubblicato nel Boll. AGCM del 12.1.2009, n. 46/2008.

⁷ Cfr. G. GRUNER, *L'affidamento ed il rinnovo delle concessioni demaniali marittime tra normativa interna e principi del diritto dell'Unione europea*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 3/2010, p. 676 ss.



dell'investimento economico, sul diritto di proseguire nel rapporto concessorio. Il legittimo affidamento è un principio che trova riconoscimento anche nel diritto dell'Unione e che può essere bilanciato con altri principi di questo ordinamento, nel rispetto del criterio di proporzionalità. Altra questione è se, alla stregua del riparto interno di funzioni legislative, tali proroghe non automatiche possano essere disposte dal legislatore regionale, o debbano essere introdotte dal legislatore statale.

L'argomento che nella giurisprudenza costituzionale risulta prevalente è quello secondo cui le proroghe *ex lege* 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 dell'argomentazione la posizione espressa dalla Commissione nella procedura di infrazione contro lo Stato italiano. E' la stessa Corte costituzionale ad affermare che le conclusioni raggiunte sono avvalorate dai rilievi formulati nella procedura dalla Commissione europea, secondo cui la Repubblica italiana è venuta meno «agli obblighi che le incombono ai sensi dell'articolo 43 del Trattato CE», prevedendo un diritto di preferenza a favore del concessionario uscente nell'ambito della procedura di attribuzione delle concessioni del demanio pubblico marittimo.

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 una pronuncia della giurisdizione europea. In questo caso, la Corte costituzionale anticipa questo giudizio, procedendo ad una interpretazione autarchica del diritto europeo, che potrebbe non corrispondere integralmente alla lettura del giudice europeo. Fermo restando che conclusioni definitive potranno essere formulate solo in seguito alla pronuncia della Corte di giustizia, elementi in questo senso emergono dall'esame delle conclusioni dell'avvocato generale depositate il 25 febbraio 2016 nella causa "Promoimpresa".

3. Le conclusioni dell'avvocato generale nella causa "Promoimpresa"

Il 25 febbraio 2016 sono state presentate le conclusioni dell'avvocato generale Szpunar nella causa "Promoimpresa"⁸, che prende avvio dalle domande pregiudiziali del TAR Lombardia e del

⁸ Cause riunite C- 458/14, *Promoimpresa srl contro Consorzio dei comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro, Regione Lombardia* [domanda di pronuncia pregiudiziale del TAR Lombardia] e C- 67/15, *M. Melis, Tavolara Beach Sas, D. Piredda, C. Del Giudice contro Comune di Loiri Porto San Paolo, Provincia di Olbia Tempio* [domanda di pronuncia pregiudiziale del TAR Sardegna].



Tar Sardegna. I giudici italiani sono investiti di ricorsi di annullamento di decisioni amministrative che pongono fine agli atti, qualificati come «concessioni» nel diritto italiano, relativi allo sfruttamento delle aree demaniali situate sulla riva del Lago di Garda e sulle coste della Sardegna. Nel contestare tali decisioni, i concessionari uscenti invocano la normativa dello Stato italiano che proroga la data di scadenza di detti atti. I giudici del rinvio si interrogano sulla compatibilità di tale normativa con le disposizioni del TFUE, nonché con quelle della direttiva “Servizi” 2006/123/CE. L’avvocato generale conclude che «L’articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale che proroga automaticamente la data di scadenza delle autorizzazioni relative allo sfruttamento del demanio pubblico marittimo e lacuale».

L’argomentazione dell’avvocato generale si concentra su due questioni: nella prima parte ci si domanda se l’art. 12 della direttiva 2006/123 sia applicabile al caso di specie. Raggiunta una conclusione affermativa, si procede a verificare se la proroga *ex lege* delle autorizzazioni rilasciate prima della trasposizione della direttiva 2006/123 contrasti con tale disposizione.

Nella prima parte della motivazione, l’avvocato generale rileva che, al fine di determinare l’applicabilità della direttiva 2006/123 nel caso di specie, occorre esaminare se il rilascio di una concessione demaniale marittima o lacuale in virtù del diritto italiano costituisca un regime di autorizzazione ai sensi della direttiva. In particolare, l’articolo 4, paragrafo 6, della direttiva definisce il «regime di autorizzazione» come 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.

Per rispondere a questa domanda, nella causa sono stati discussi tre profili. In primo luogo, si è verificato se le convenzioni siano qualificabili, alla stregua del diritto dell’Unione, anziché come «concessioni», come «locazioni commerciali». Secondo l’avvocato generale, dirime ogni problema di qualificazione il fatto che l’accesso all’attività relativa allo sfruttamento dei beni del demanio pubblico marittimo o lacuale in Italia necessiti del rilascio di un atto di concessione da parte dell’autorità comunale competente. In secondo luogo, è stato esaminato se le convenzioni siano qualificabili come «concessioni di servizi» ai sensi delle norme di diritto dell’Unione in materia di appalti pubblici o «autorizzazioni» rientranti nell’ambito di applicazione degli articoli da 9 a 13 della direttiva 2006/123. L’avvocato generale conclude per questa seconda ipotesi. Ciò in quanto manca, nel caso in questione, un obbligo alla prestazione del servizio a carico dell’operatore economico, che resta libero di recedere dalla fornitura (a differenza di quanto accade nel caso



degli appalti di servizi). Tuttavia, anche qualora le convenzioni dovessero qualificarsi come concessioni di servizi, varrebbe la disciplina *ex art. 49 TFUE*, salva la necessità di accertare che si tratti di attività economiche di interesse transfrontaliero certo. Al contrario, le disposizioni del capo III della direttiva 2006/123, relative alla libertà di stabilimento, si applicano indipendentemente dall'esistenza di un elemento transfrontaliero. Non è pertanto necessario, ove le convenzioni si qualificano come autorizzazioni, determinare se esse presentino un interesse transfrontaliero certo. In terzo luogo, ci si domanda se le convenzioni in questione riguardino «risorse naturali scarse» e, dunque, se rientrino nell'ambito di applicazione dell'art. 12 della direttiva. Secondo le conclusioni, le autorizzazioni sono state rilasciate a livello comunale e il loro numero è limitato. Le parti non adducono alcun altro motivo imperativo di interesse generale che possa giustificare la limitazione del numero di autorizzazioni disponibili, se non che si tratti di risorse naturali scarse.

Una volta accertato che l'articolo 12 della direttiva è applicabile al caso di specie, occorre verificare se la proroga *ex lege* delle autorizzazioni rilasciate prima della trasposizione della direttiva 2006/123 contrasti con la suddetta disposizione. Secondo l'avvocato generale, la proroga della data di scadenza delle autorizzazioni esistenti viola l'obbligo, derivante dall'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2006/123, di prevedere una procedura trasparente e imparziale al fine di selezionare i candidati; inoltre, una proroga *ex lege* della data di scadenza delle autorizzazioni equivale a un rinnovo automatico, che è escluso dai termini espliciti dell'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2006/123. Se è vero che l'art. 12, par. 3, della direttiva 2006/123 prevede la possibilità per gli Stati membri di invocare considerazioni connesse a motivi imperativi di interesse generale nello stabilire le regole della procedura di selezione dei beneficiari, tale disposizione non consente agli Stati membri di invocare dette considerazioni per esimersi dall'organizzare una siffatta procedura.

Secondo il governo italiano, la proroga delle concessioni costituisce una misura transitoria nell'ambito del passaggio da un regime di rinnovo automatico a un regime di aggiudicazione che comporta una procedura di gara d'appalto. La misura sarebbe giustificata dalla necessità di consentire agli interessati di rendere redditizi gli investimenti effettuati, conformemente al principio della tutela del legittimo affidamento. Secondo l'avvocato generale, gli interessi legittimi dei titolari delle autorizzazioni sono già stati presi in considerazione dal legislatore dell'Unione: all'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2006/123, è stabilito che le autorizzazioni debbano avere una durata adeguata qualora il loro numero sia limitato a causa della scarsità delle risorse. Alla luce del considerando 62 della direttiva, tale durata deve essere fissata in modo da non



restringere o limitare la libera concorrenza al di là di quanto è necessario per garantire l'ammortamento degli investimenti e la remunerazione equa dei capitali investiti. La giustificazione relativa al principio della tutela del legittimo affidamento non può essere invocata validamente a sostegno di una proroga automatica, come quella istituita dal legislatore italiano, che è applicata indiscriminatamente a tutte le concessioni demaniali marittime e lacuali. Si richiederebbe, invece, una valutazione caso per caso che consenta di dimostrare, attraverso elementi concreti, che il titolare dell'autorizzazione *a*) abbia potuto aspettarsi legittimamente il rinnovo della propria autorizzazione e *b*) abbia effettuato i relativi investimenti.

Dalla prima parte della motivazione, si deduce che la fattispecie rientra nell'ambito di applicazione della direttiva perché per accedere all'esercizio dell'attività è necessario un provvedimento autorizzatorio dell'autorità pubblica. Un modello diverso di regolazione interna (la cui configurazione è nella esclusiva competenza statale) potrebbe escludere la fattispecie dall'ambito di applicazione della direttiva "Servizi". Nella progettazione di un modello di regolazione interna differente, bisognerebbe considerare però che la Corte di giustizia potrebbe interpretare estensivamente l'art. 12 della direttiva, contestando misure il cui scopo sia semplicemente eludere i divieti europei e/o la cui applicazione produrrebbe gli stessi effetti della norma attualmente censurata. Il sistema interno andrebbe, dunque, ripensato sostanzialmente, non solo modificato formalmente.

Dalla seconda parte della motivazione, emerge che oggetto della censura è l'automatismo della proroga, decisa *ope legis* in via generale. Una proroga decisa caso per caso, esaminati gli investimenti effettuati dal singolo concessionario e verificata la sussistenza di un legittimo affidamento, potrebbe non essere incompatibile con la direttiva⁹. Non appare semplicissimo giustificare il legittimo affidamento nei casi di specie, considerando che le autorizzazioni pubbliche erano corredate di una scadenza conosciuta dal concessionario. Va però considerato

⁹ Tuttavia in dottrina è stato scritto che "l'esclusione *ex lege* di procedure di rinnovo e rilascio delle concessioni basate sulla valutazione delle condizioni offerte dal concessionario e dagli altri aspiranti, nonché l'assenza di idonea pubblicità della procedura, appaiano *ictu oculi* gravemente lesive della concorrenza e delle libertà di stabilimento e prestazione di servizi e come tale difficilmente giustificabili dallo Stato italiano, anche invocando il principio del legittimo affidamento. Non solo infatti è discutibile la sussistenza di un legittimo interesse delle imprese da un punto di vista giuridico oltre che meramente fattuale, ma risulterebbe altresì assente l'elemento della proporzionalità che deve caratterizzare una misura giustificata da motivi imperativi di interesse generale, avendo lo Stato escluso *tout court* l'organizzazione di una procedura di selezione, invece di limitarsi a stabilirne le regole in modo da tener conto di tale legittimo affidamento" (F. CAPOTORTI, *Cronaca di un'incompatibilità annunciata nel caso Promoimpresa: 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*, in *eurojus.it*, 7.3.2016).



che i titolari di concessione che hanno deciso di investire avrebbero potuto far affidamento nel diritto di insistenza, successivamente espunto dall'ordinamento giuridico.

Per quanto riguarda il giudizio di compatibilità dell'attuale normativa italiana rispetto al diritto europeo, le motivazioni dell'avvocato generale paiono ineccepibili e il ragionamento condotto è sorretto da una logica ferrea, alla quale sembra difficile sfuggire. C'è però un punto sul quale si potrebbe ragionare. L'avvocato generale sostiene che “proroga” (non disciplinata dalla direttiva) e “rinnovo automatico” (vietato dalla direttiva) siano nozioni equivalenti, liquidando la questione senza addurre motivazione¹⁰. Anche il giudice costituzionale italiano, come visto, raggiunge la medesima conclusione, equiparando le proroghe, comunque configurate dai legislatori regionali, al rinnovo automatico, senza dare alcuna considerazione alla capacità delle fattispecie legali di produrre o meno effetti in via generale ed astratta. Tuttavia, proroga e rinnovo automatico potrebbero essere nozioni diverse, specie ove la prima, pur disposta per legge, sia condizionata, nell'*an* e nel *quantum*, ad una valutazione caso per caso della pubblica amministrazione. Ove si riuscisse a dimostrare che i due istituti non sono equivalenti quanto agli effetti sulla concorrenza, la proroga potrebbe essere estranea all'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. Si dovrebbe immaginare però di argomentare la differenza tra i due istituti non su un piano formalistico (destinato senz'altro a non essere preso in considerazione né dalla Commissione, né dalla Corte di giustizia), ma sostanzialistico, in ordine agli effetti differenti che essi potrebbero produrre con riferimento a fattispecie concrete. Considerando che le conclusioni dell'avvocato generale qui in esame sono pronunciate nell'ambito di una causa pregiudiziale interpretativa, una argomentazione di questo tipo potrebbe essere spesa in sede di eventuale procedura di infrazione che dovesse seguire alla sentenza della Corte di giustizia o nella fase amministrativa della negoziazione con la Commissione.

4. La proroga in Spagna e il problema della sua compatibilità con il diritto dell'Unione

Secondo la lettura corrente, le concessioni demaniali marittime in Spagna sono state prolungate di 75, 50 o 30 anni, a seconda della tipologia del bene e dell'attività che vi si svolge, senza che ciò abbia incontrato la censura della Commissione europea. Questo “precedente” è invocato,

¹⁰ Cfr. punto 83 delle conclusioni: «una proroga *ex lege* della data di scadenza delle autorizzazioni equivale a un rinnovo automatico, che è escluso dai termini espliciti dell'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2006/123».

oltreché dai rappresentanti dei balneari, anche dalla Conferenza delle Regioni italiane, che chiede chiarimenti sul punto¹¹.

Perché la Commissione non ha censurato questa proroga, come invece è accaduto nel caso italiano?

La disciplina rilevante in materia di demanio marittimo è contenuta nella Ley de Costas n. 22/1988¹², di recente modificata dalla Ley de Proteccion y Uso Sostenible del Litoral n. 2 del 29

¹¹ V. CONFERENZA DELLE REGIONI E DELLE PROVINCE AUTONOME, La posizione delle Regioni sulla revisione e riordino della legislazione relativa alle concessioni demaniali marittime, 25.3.2015, p. 2, disponibile in regioni.it. La Conferenza delle Regioni cita anche il caso del Portogallo, in cui sarebbero state mantenute forme di preferenza nei confronti del concessionario uscente. Non si approfondisce qui la situazione portoghese, dal momento che, a differenza di quanto accade per il caso spagnolo, manca una presa di posizione delle istituzioni europee dalla quale si possano ottenere indicazioni sul loro punto di vista. Ci si limita ad indicare alcuni riferimenti normativi e dottrinali che paiono utili. L'utilizzazione privata dello spazio marittimo è disciplinata dalla lei n. 17/2014, del 10 aprile, *Bases da política de ordenamento e de gestão do espaço marítimo nacional* (disponibile in <https://dre.tretas.org/dre/316581/>) e dalla sua disciplina di attuazione (decreto-lei n. 38/2015, del 12 marzo che traspone anche la direttiva 89/2014 sullo spazio marittimo disponibile in <https://dre.tretas.org/dre/529179/>). Il diritto alla utilizzazione privata dello spazio marittimo nazionale può essere attribuito tramite tre titoli differenti: la concessione, la licenza e l'autorizzazione. E' necessario il rilascio di una concessione di utilizzo privato del demanio marittimo pubblico nel caso di uso prolungato di un'area o di uno volume dello stesso. Deve intendersi come uso prolungato quello che si protrae ininterrottamente per un periodo superiore ai 12 mesi. La concessione può avere una durata massima di anni 50. Il termine di durata viene stabilito considerando il capitale investito e il tempo per ammortizzare i costi. Essa può essere prorogata, se contrattualmente previsto, ma entro il termine massimo di 50 anni. La licenza sarà invece rilasciata in caso di uso temporaneo, intermittente o stagionale della porzione di demanio marittimo pubblico, sempre a scopo di uso privato. La scadenza massima è fissata per le licenze ad anni 25. Le autorizzazioni sono concesse per casi residui come l'utilizzo del demanio per portare avanti progetti scientifici o per attività senza carattere commerciale. La riforma del 2014 introduce una disciplina transitoria riguardante i titoli di utilizzo privato del demanio in essere, ottenuti in forza della legislazione precedente, che restano in vigore. L'installazione di stabilimenti balneari nei territori del pubblico demanio è disciplinata nel decreto-lei 226-A/2007, del 31 maggio, *Regime da utilização dos recursos hídricos*, di attuazione della lei 58/2005 (cd. Lei da Água), relativo allo sfruttamento delle risorse idriche, da ultimo modificato nel 2012 (disponibile in http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1379&tabela=leis). In questo atto normativo sono elencate le attività soggette a rilascio di licenza tramite gara pubblica. Al punto 1, lettera c), dell'art. 21 viene indicata la installazione di stabilimenti balneari nei terreni del pubblico demanio. All'art. 63 si stabilisce che per stabilimento balneare si intende l'insieme dei servizi infrastrutturali (come docce e servizi igienici) che possono integrare e garantire altre funzioni, anche commerciali. Sono parte integrante dello stabilimento balneare anche le strutture removibili e temporanee. Lo stabilimento balneare non comprende, invece, le attività propriamente tristico-commerciali, quali bar e ristoranti, soggette alla disciplina delle imprese turistiche. Per approfondimenti bibliografici, si vedano F. NORONHA, *O que há de novo no Mar? Primeiro comentário à Lei de Bases da Política de Ordenamento e de Gestão do Espaço Marítimo Nacional*, in *RevCEDOUA*, 2/2014, p. 23 ss. disponibile in academia.edu; A. R. GONÇALVES MONIZ, *O regime jurídico dos títulos de utilização privativa à luz da lei de bases da política de ordenamento e de gestão do espaço marítimo nacional*, in *Revista do Instituto do Conhecimento AB Instantia*, n. 4, ottobre 2014.

¹² Disponibile in <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1988-18762>.



maggio 2013¹³, che ha introdotto la proroga in questione. La riforma è stata completata con il regolamento attuativo del 10 ottobre 2014¹⁴.

Nel caso spagnolo, le spiagge sono considerate libere e non si rilasciano concessioni su di esse; lo svolgimento di attività «ricreativo-turistica» va esercitata di regola fuori dall'area della spiaggia. Per esercitare attività che richiedono l'installazione di opere amovibili (ad esempio, la fornitura di lettini ed ombrelloni) non occorre essere in possesso di un titolo concessorio, ma è sufficiente una semplice autorizzazione per lo svolgimento di un'attività commerciale. Le concessioni, invece, hanno come oggetto l'occupazione della zona interna al demanio, che si trova al termine della spiaggia vera e propria. Le attività il cui svolgimento richiede l'installazione di strutture o opere permanenti sono oggetto di concessione rilasciata dall'amministrazione statale (art. 64), il che non esclude che il concessionario sia tenuto ad ottenere ulteriori autorizzazioni o concessioni da parte di altre amministrazioni pubbliche competenti (art. 65)¹⁵.

La questione delle proroghe delle concessioni demaniali in Spagna e della loro compatibilità con il diritto dell'Unione è stata oggetto di interrogazioni dei parlamentari europei, alle quali la Commissione ha risposto nel 2013: “La proroga per altri settantacinque anni delle concessioni prevista nel progetto di riforma spagnolo [...] non riguarda le autorizzazioni rilasciate a prestatori che forniscono servizi sulle spiagge avvalendosi di infrastrutture mobili, come bar e chioschi. Per le autorizzazioni all'uso delle spiagge a questi scopi, il progetto di riforma stabilisce una durata massima di quattro anni. Per questo motivo, il progetto di riforma non sembra sollevare problemi di incompatibilità con i principi stabiliti dalla direttiva sui servizi.

Il periodo di settantacinque anni menzionato nell'interrogazione si riferisce a concessioni accordate ai proprietari per l'uso di fabbricati di loro proprietà costruiti in aree ritornate al demanio marittimo. Il progetto di riforma mira a garantire la certezza del diritto per i proprietari

¹³ Disponibile in http://www.ccelpa.org/wp-content/uploads/2013/05/20130530_BOE_Ley-de-Costas_reducido.pdf.

¹⁴ Real Decreto 876/2014, por el que se aprueba el Reglamento General de Costas, in http://www.mondobalneare.com/cms/uploads/file/16935_2014_10_11_RD_876_Reglamento_Costas.pdf.

¹⁵ Così A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime in fuga dalla concorrenza*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2/2013, pp. 437-459; per approfondimenti v. J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. FERREIRA FERNÁNDEZ, A. NOGUEIRA LÓPEZ (a cura di), *La nueva regulación de las costas*, INAP, 2014; M. DE BENEDETTO, F. DI LASCIO, *La regolazione del demanio marittimo in Italia e Spagna: problemi, riforme e prospettive*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 1/2014, p. 28.



in considerazione delle ambiguità riscontrate nel vigente quadro giuridico sui fabbricati situati nella fascia costiera in Spagna”¹⁶.

La Commissione distingue, dunque, due ipotesi: 1) le autorizzazioni rilasciate a prestatori di servizio sulle spiagge, che si avvalgono di strutture mobili (es. chioschi), che non sono state oggetto di proroga da parte del legislatore spagnolo (la riforma del 2013 prevede per queste ipotesi una durata massima di 4 anni delle autorizzazioni, che, secondo la Commissione, è compatibile con la direttiva servizi); 2) le concessioni per l’uso di edifici di proprietà privata che, in quanto insistenti in aree prossime alle spiagge, in epoca post-franchista sono stati espropriati e sono ritornati al demanio pubblico. A queste concessioni d’uso, secondo la Commissione, si riferisce la proroga introdotta con la legge n. 2/2013, il cui scopo è quello di offrire una sorta di compensazione all’espropriazione dei fabbricati. La concessione d’uso dell’immobile può protrarsi fino a 75 anni al massimo.

La risposta pare dare rilievo alla *ratio* della proroga: il legislatore spagnolo ha l’obiettivo di risolvere un problema di certezza del diritto che si è creato in conseguenza degli espropri dei fabbricati insistenti nelle aree demaniali (di proprietà di cittadini spagnoli, ma anche di cittadini europei di altre nazionalità che hanno esercitato la libera circolazione), problema di cui le istituzioni europee sono state ampiamente interessate negli anni passati¹⁷.

¹⁶Risposta all’interrogazione dell’on. Bizzotto di M. Barnier a nome della Commissione, 8 gennaio 2013, E-010266/2012. Si vedano anche altre risposte fornite a quesiti analoghi: “Il periodo di 75 anni previsto dalla normativa spagnola non si riferisce ad autorizzazioni specificamente destinate all’esercizio di attività di servizio, ma rappresenta piuttosto un indennizzo per la reversione dei terreni al demanio marittimo. Come la Commissione ha spiegato nelle sue recenti risposte alle interrogazioni E-10266/2012 e P-010112/2012, il citato periodo di settantacinque anni si applica alle concessioni accordate ai proprietari per l’utilizzo dei loro immobili, che erano stati edificati in aree che tornano ora al demanio marittimo. Il progetto di riforma mira a garantire la certezza del diritto per i proprietari, in considerazione delle ambiguità riscontrate nel vigente quadro giuridico sui fabbricati situati nella fascia costiera in Spagna” (3 marzo 2013 – E000407/13, Risposta all’interrogazione dell’on. Angelilli di M. Barnier a nome della Commissione); “La Commissione è a conoscenza delle ambiguità generate in Italia e Spagna dai regimi normativi in vigore precedentemente. Il progetto di riforma della normativa spagnola mira a garantire la certezza del diritto per i proprietari di fabbricati, viste le ambiguità riscontrate nel vigente quadro giuridico per le proprietà situate sul litorale spagnolo. Come la Commissione ha spiegato nella sua recente risposta all’interrogazione E-010266/2012, la concessione non riguarda le autorizzazioni rilasciate a prestatori che forniscono servizi sulle spiagge avvalendosi di infrastrutture mobili, come bar e chioschi. Per le autorizzazioni all’uso delle spiagge a questi scopi, il progetto di riforma stabilisce una durata massima di quattro anni. La Commissione continua a monitorare l’adozione del progetto di riforma per assicurare che esso sia conforme alla normativa dell’UE” (10 aprile 2013 - E-001198/2013, Risposta all’interrogazione dell’on. Bizzotto di M. Barnier a nome della Commissione).

¹⁷V., ad es., le numerose petizioni al Parlamento europeo dei titolari espropriati; v. posizione della Commissione che plaude al progetto di riforma spagnolo: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-880_it.htm.



La *ratio* della proroga italiana pare invece differente: qui il legislatore mira a prolungare la durata dell'autorizzazione, concessa in passato, a svolgere attività economiche.

Sembra cruciale, dunque, verificare quale sia effettivamente l'oggetto della proroga prevista dalla legge n. 2/2013: l'autorizzazione alla prestazione di un'attività di rilievo economico (rilevante per la direttiva Bolkestein) o il diritto d'uso di un immobile a qualsiasi fine esso sia destinato (che potrebbe essere estraneo all'ambito di applicazione della direttiva Bolkestein)? La verifica va fatta sul piano sostanziale, non su quello formale, essendo irrilevante la qualificazione dell'istituto data dall'ordinamento giuridico nazionale.

Proprio questo punto è stato oggetto di una recente pronuncia del Tribunale costituzionale spagnolo che illustra la natura giuridica della concessione prorogata in Spagna¹⁸. Il giudice costituzionale spagnolo è stato chiamato, tra l'altro, a giudicare la compatibilità costituzionale della proroga introdotta dalla legge n. 2/2013 rispetto ai principi di libera concorrenza.

L'avvocato dello Stato, nel difendere la normativa introdotta, rileva che “no se aprecia la infracción del art. 38 CE, que el recurso conecta a la Directiva 2006/123, relativa a los servicios en el mercado interior, porque las concesiones demaniales no comparten la naturaleza de las autorizaciones de actividad. Las concesiones previstas en la Ley de costas, prorrogadas o no, constituyen un título para ocupar el dominio público, que per se no autoriza ninguna actividad; simplemente habilita a ocupar privativamente el dominio público. La Ley de costas diferencia claramente el régimen de ocupación, sujeto a concesión, de las autorizaciones o concesiones propias de la actividad (arts. 8.2, 65, 70.2). Debe señalarse también que las ocupaciones amparadas por una concesión no se destinan siempre a actividades lucrativas o a la prestación de servicios, sino que en muchos casos su fin es residencial.

El régimen general previsto en la Ley de costas configura la concesión como un acto discrecional (art. 67) y no como acto reglado, sin que exista un derecho subjetivo a obtener una concesión en dominio público. La Ley de costas prevé como potestativa la convocatoria de un procedimiento de concurrencia competitiva para otorgar concesiones y autorizaciones (art. 75.1).

El aumento de la duración de la concesión no supone por sí mismo la preterición del interés público o general en favor de intereses particulares. Lo impide la propia naturaleza del dominio público, que no desaparece por su uso privativo. El derecho de ocupación puede extinguirse si concurrieran las causas previstas en el art. 78 LC, que corroboran que el interés público se encuentra debidamente tutelado; en el bien entendido de que el interés público no siempre es el

¹⁸ Sentenza n. 233/2015, del 5 novembre, disponibile in <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/24674>.



uso común y general, pues no es ésta la concepción que deriva del art. 128 CE, ni de la conocida como Constitución económica”.

Nel diritto spagnolo la concessione demaniale comporta un titolo per l’occupazione del demanio pubblico, ma non costituisce autorizzazione a svolgere attività commerciale o a prestare servizi (tanto è vero che, seppure in alcuni casi si può trattare di edifici in cui si svolgono attività commerciali, frequentemente si tratta di concessioni demaniali per l’occupazione di immobili ad uso residenziale). Al contrario, secondo l’avvocato generale Szpunar, in Italia la concessione demaniale marittima è qualificabile come un’autorizzazione dell’autorità pubblica ad accedere ad un’attività di servizio o al suo esercizio, rilevante per l’art. 12 della direttiva “Servizi”. Sebbene la qualificazione giuridica dell’istituto nel diritto interno italiano sia irrilevante ai fini della valutazione della compatibilità con il diritto dell’Unione (la qualificazione va fatta alla stregua del diritto dell’Unione ad opera del giudice di tale ordinamento), pare che la qualificazione dell’avvocato generale corrisponda alla qualificazione dell’istituto nel diritto interno.

Quella spagnola sembra essere la proroga di un titolo di occupazione del demanio pubblico, non la proroga di un titolo autorizzatorio alla prestazione di una attività, di cui l’occupazione del demanio costituisce solo un presupposto necessario. Questo profilo sembrerebbe rendere l’istituto spagnolo non comparabile alla concessione demaniale italiana ed estraneo all’ambito di applicazione della direttiva Servizi.

Il Tribunale costituzionale conferma l’impostazione dell’avvocato dello Stato e conclude, osservando che “la concesión demanial está configurada como un “título de ocupación del dominio público, no como medida de intervención en garantía de leyes sectoriales que recaigan sobre la actividad” [...]. Será pues esta legislación sectorial la que discipline las actividades empresariales de las que la concesión demanial resulta ser únicamente el soporte físico y, señaladamente, la legislación “ordenada a la defensa de la libertad de competencia, mediante la prevención y, en su caso, la represión de las situaciones que constituyen obstáculos creados por decisiones empresariales para el desarrollo de la competencia en el mercado” (STC 108/2014, de 26 de junio, FJ 3, y las allí citadas)”.

Una ulteriore domanda che ci si potrebbe porre riguarda la possibilità di importare in Italia, *mutatis mutandis*, il modello spagnolo di regolazione del demanio. La questione si pone su un piano differente – quello della riforma della regolazione del demanio pubblico –, che qui non si è approfondito. Una tale riforma, che intervenisse *pro futuro*, comunque non si applicherebbe alle concessioni demaniali in essere, scadute e oggetto di proroga, e dunque non risolverebbe il problema, che attualmente si pone, di protezione degli operatori balneari italiani.

5. Osservazioni conclusive: la Corte costituzionale è più realista del re?

Come si è visto, la Corte costituzionale italiana si è trovata a scrutinare la legittimità costituzionale di proroghe alle concessioni demaniali marittime disposte da diversi legislatori regionali. In tutti i casi esaminati, la Corte ritiene violato il parametro costituzionale costituito dall'art. 117, comma 1, Cost., eventualmente in associazione all'art. 117, comma 2, lettera e), relativo alla competenza statale esclusiva in materia di concorrenza, che però funge solo da elemento sussidiario. La violazione dell'art. 117, comma 1, Cost. è rilevata in conseguenza della incompatibilità delle legislazioni regionali con i principi di libertà di stabilimento e di tutela della concorrenza previsti nel Trattato, che sono utilizzati come parametro interposto nel giudizio. L'estensione del vincolo europeo è frutto di una interpretazione della Corte costituzionale italiana di un elemento esterno all'ordinamento. In forza della lettura di tale parametro interposto fornita dal giudice costituzionale, emerge l'illegittimità costituzionale delle proroghe introdotte dai legislatori regionali, comunque esse siano formulate. Sono infatti trattate allo stesso modo e giudicate incompatibili con il diritto dell'Unione ipotesi diverse, ovverosia le proroghe *sine die*, le proroghe temporalmente determinate, le proroghe automatiche e quelle condizionate alla valutazione caso per caso della pubblica amministrazione, in ragione degli investimenti realizzati o da realizzarsi. L'appiattimento della giurisprudenza costituzionale su questa posizione sembra non tenere nella dovuta considerazione le differenti caratteristiche di queste fattispecie, che tentano di contemperare interessi confliggenti, alcuni dei quali, in adeguate forme, possono trovare apprezzamento, oltreché nell'ordinamento interno, anche nel diritto dell'Unione. Stando alle conclusioni raggiunte nei casi di specie, l'interesse alla tutela della concorrenza espresso dal diritto dell'Unione sembrerebbe configurarsi, nell'interpretazione del giudice costituzionale, come un super-interesse, capace di imporsi isolatamente, senza bilanciamenti, su qualsiasi altro interesse di rilievo costituzionale e di rilievo nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea.

Sebbene conclusioni definitive possano essere elaborate solo alla luce della pronuncia della Corte di giustizia, della quale si è al momento in attesa, alcune provvisorie osservazioni possono essere formulate sin d'ora, alla luce delle conclusioni dell'avvocato generale depositate nella causa "Promoimpresa". L'avvocato generale propone alla Corte di giustizia di giudicare la proroga italiana incompatibile con il diritto dell'Unione, utilizzando come parametro di giudizio l'art. 12 della direttiva "Servizi". Si rileva, peraltro, che qualora le convenzioni demaniali marittime italiane dovessero qualificarsi come concessioni di servizi, l'incompatibilità con il diritto dell'Unione



deriverebbe *ex art.* 49 TFUE, salva la necessità di accertare che si tratti di attività economiche di interesse transfrontaliero certo.

Oggetto del giudizio, in questo caso, è una proroga *ope legis*, disposta dal legislatore statale, vevole in via generale per tutte le concessioni ricadenti nell'ambito di applicazione della disposizione. Questa circostanza consente all'avvocato generale di mettere in luce due profili. In primo luogo, emerge dal giudizio di fronte al giudice europeo che l'automatismo legale della proroga pare essere una caratteristica determinante ai fini della conclusione raggiunta; secondo l'avvocato generale, infatti, il diritto dell'Unione non trascura la tutela del legittimo affidamento: al contrario, questo interesse potrebbe legittimamente rilevare nella sede di una valutazione caso per caso, che consenta di dimostrare che il titolare dell'autorizzazione abbia potuto aspettarsi il rinnovo della propria autorizzazione e abbia effettuato i relativi investimenti. In secondo luogo, l'art. 12, par. 3, della direttiva 2006/123 prevede la possibilità per gli Stati membri di invocare considerazioni connesse a motivi imperativi di interesse generale nello stabilire le regole della procedura di selezione dei beneficiari. Per quanto non sia consentito agli Stati membri di invocare queste considerazioni per esimersi dall'organizzare una procedura ad evidenza pubblica, come sembrerebbe essere avvenuto nel caso di specie, la regolamentazione della gara potrebbe legittimamente tenere conto di motivi imperativi di carattere generale, che, dunque, dovrebbero concorrere con l'interesse alla tutela della concorrenza.

Da questo punto di vista, la valutazione dell'avvocato generale potrebbe prospettarsi meno intransigente di quella della Corte costituzionale, con la conseguenza che l'ambito di estensione del vincolo europeo potrebbe essere meno ampio di quello prefigurato dal giudice costituzionale. Il caso delle concessioni demaniali marittime evidenzia un problema di sistema, che deriva dalla modalità con la quale nell'ordinamento interno sono risolte le incompatibilità tra fonti primarie e diritto dell'Unione. Il giudice costituzionale, utilizzando un atto normativo promanante dall'esterno dell'ordinamento come parametro interposto di giudizio, inevitabilmente procede alla sua interpretazione. Di conseguenza, in modo autarchico definisce l'estensione del vincolo europeo, estensione che potrebbe non coincidere con quella attribuita dal suo giudice dedicato. Se sono state ampiamente rilevate le criticità che deriverebbero dal caso in cui l'estensione del vincolo, secondo la Corte costituzionale, fosse inferiore rispetto a quella rilevata dalla Corte di giustizia¹⁹, meno indagato, ma ugualmente critico, è il caso contrario. Infatti, la Corte

¹⁹ Come noto, le criticità rilevate hanno indotto la Corte costituzionale italiana ad ammettere la propria legittimazione al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, dapprima nei giudizi di legittimità costituzionale in via diretta e poi anche in quelli in via pregiudiziale.



costituzionale, estendendo il vincolo comunitario oltre la sua ampiezza naturale, da un lato, utilizzerebbe lo stesso come fonte di protezione di interessi che vengono sottratti al giudizio di bilanciamento, dall'altro, consentirebbe l'espansione delle competenze statali, a danno di quelle regionali. Pur raggiungendo la medesima conclusione, la Corte si sarebbe sottratta alla critica ove avesse potuto utilizzare un parametro costituzionale interno, nella sua piena disponibilità interpretativa.

A conclusione di questa disamina giurisprudenziale, merita osservare che la via maestra per risolvere il problema delle concessioni demaniali marittime italiane non è nel "salvataggio" delle proroghe legislative, che sono state già giudicate costituzionalmente illegittime e che si preannunciano illegittime anche per il giudice europeo; piuttosto occorrerà affrontare la (complessa) riforma della disciplina del demanio, con la quale si dovranno sapientemente introdurre categorie giuridiche nuove a proposito dell'occupazione privata delle aree pubbliche, anche tenendo presente i modelli regolatori degli altri Paesi europei.