

La proroga delle concessioni demaniali al 2033: il caso italiano

The delay of the state property concessions to 2033: the Italian case

FRANCESCA PANACCIULLI

Funcionario encargado de la oficina para el juicio en el Tribunal de Apelación de Bari (Italia)

francesca.panacciulli@gmail.com

Recibido: 09/09/2021 Aceptado: 25/02/2022.



Este artículo está sujeto a una [licencia “Creative Commons Reconocimiento-No Comercial” \(CC-BY-NC\)](#).

DOI: <https://doi.org/10.24197/rec.80.2022.39-70>

Resumen: En el documento se analizan y comparan, también a la luz de la actual situación de pandemia, algunas de las contribuciones jurídicas contradictorias que se han alternado a lo largo de los años con referencia al Instituto Estatal de Concesiones, con fines turísticos y recreativos, para comprender el grado de adaptación de nuestro sistema administrativo a los principios impuestos por el Derecho de la UE, en particular en lo que se refiere a la protección de la competencia y la igualdad de trato entre los operadores del sector.

Palabras clave: concesiones marítimas, situación pandémica, público creciente, Derecho de la UE, Bolkestein

Abstract: The paper analyse and compare, also in the light of the current pandemic situation, some of the conflicting legal contributions that have alternated over the years with reference to the State Concession Institute, with tourist-recreational purposes, in order to understand the degree of adaptation of our administrative system to the principles imposed by EU law, in particular as regards the protection of competition and equal treatment between operators in the sector.

Keywords: maritime concessions, pandemic situation, public increasingly, EU law, Bolkestein.

Abstract: Il presente contributo analizza e confronta, anche alla luce della situazione pandemica attuale, alcuni dei contributi giurisprudenziali- contrastanti tra loro- che si sono avvicendati nel corso degli anni con riferimento all’istituto della concessione demaniale, con finalità turistico – ricreative, al fine di comprendere il grado di adeguamento del nostro sistema amministrativo ai principi imposti dal diritto U.E., in specie relativamente alla tutela della concorrenza ed alla parità di trattamento tra operatori del settore.

Parole chiavi: Concessioni marittime, situazione pandemica, diritto Europeo, Bolkestein

1. PREMESSA

1. Premessa

Il fenomeno della proroga delle concessioni demaniali ha da sempre, specialmente negli ultimi anni, generato forte interesse, sia in dottrina¹ che in giurisprudenza; nella specie si è riscontrata la necessità di utilizzare meccanismi concorrenziali per il rilascio, rinnovo e subentro delle predette concessioni.

L'interesse per questa tematica, sicuramente attualissima, parte dai dibattiti che sono sorti con l'articolo 37, comma 2, del Codice della navigazione (diritto di insistenza, oggi abrogato) e l'art. 1, comma 2, del decreto legge n. 400 del 1993 (rinnovo automatico), entrambi suscettibili di determinare restrizioni relativamente all'accesso nel "mercato" delle concessioni in parola.

L'impianto normativo è indubbiamente molto controverso in termini di compatibilità con il valore "concorrenza". Infatti, come verrà analizzato nel corpo

¹ In argomento, oltre ai numerosi scritti dedicati al tema nella Rivista web www.patrimoniopubblico.it, vedi: B. TONOLETTI, Beni pubblici e concessioni, Padova, 2008, pag. 27 e ss. (riguardo il significato delle concessioni nelle discipline del demanio marittimo e del demanio idrico alla fine dell'Ottocento), pag. 108 e ss. (relativamente agli sviluppi legati alla regionalizzazione degli usi turistico-ricreativi del demanio marittimo) e, infine, pag. 351 e ss. (relativamente al tema del potere di scelta degli usi e dei suoi criteri sostanziali nella giurisprudenza sulle concessioni del demanio marittimo); N. CENTOFANTI, I beni pubblici. Tutela amministrativa e giurisdizionale, Milano, 2007; F. DI LASCIO, Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza, in *Foro Amm. TAR.*, 2009, pag. 830 e ss.; G. MANGIALARDI, Obbligatoria la gara per il rinnovo di concessione demaniale, in *Urb. app.*, 2009, pag. 1209 e ss.; V. GIOIA, Le regole da osservare per il rilascio della concessione demaniale, in *Urb. app.*, 2009, pag. 1002 e ss.; C. ANGELONE, Demanio marittimo ad uso turistico-ricreativo: concorso di più domande di concessione e diritto di insistenza, in *Dir. tur.*, 2008, pag. 283 e ss.; G. BALOCCO, Concessione di beni pubblici tra affidamento diretto e obbligo di gara, in *Urb. app.*, 2006, pag. 851 e ss.; M. OLIVI, Il demanio marittimo tra Stato e autonomie territoriali: titolarità del bene e titolarità delle funzioni, in *Foro Amm. CDS*, 2006, pag. 2423 e ss.; Id., Profili evolutivi dei beni demaniali marittimi, in *Dir. mar.*, 2004; M.L. CORBINO, Il demanio marittimo. Nuovi profili sostanziali, Milano, 1990

di questo contributo, in entrambe le norme emerge, seppur con diversa intensità, il favor nei riguardi del "vecchio" concessionario.

Il Legislatore nazionale fa però fatica ad escogitare rimedi per risolvere la problematica indicata. E ciò, nonostante l'incontestabile valore economico insito nello sfruttamento imprenditoriale dei beni demaniali, da cui deriva la creazione di un vero e proprio «mercato» delle attività legate alle relative concessioni: se esiste un mercato - e quindi esiste un potenziale guadagno dallo sfruttamento di tali beni pubblici - è naturale porre l'attenzione sulla necessità di applicare meccanismi competitivi nella fase di scelta dei soggetti concessionari².

La questione è di rilevante importanza, in quanto non riguarda esclusivamente il rapporto concessorio in sé, relegato per la fattispecie in questione entro margini circoscritti, ma involge la tutela al legittimo affidamento del concessionario alla conservazione del diritto alla continuità aziendale con le implicazioni inerenti ai Comuni di comunicare, ai titolari delle concessioni demaniali, circa l'estensione della durata della concessione demaniale per trenta anni.

Il presente contributo si pone l'obiettivo di analizzare e confrontare, anche alla luce della situazione pandemica attuale, alcuni dei contributi giurisprudenziali-contrastanti tra loro- che si sono avvicendati nel corso degli anni con riferimento all'istituto della concessione demaniale, con finalità turistico-ricreative, al fine di comprendere il grado di adeguamento del nostro sistema amministrativo ai principi imposti dal diritto U.E., in specie relativamente alla tutela della concorrenza ed alla parità di trattamento tra operatori del settore.

1.1 Brevi cenni sulle concessioni

Alla luce della breve premessa enunciata, occorre fare una piccola precisazione circa lo strumento principale per trasferire in capo ai privati l'uso di un bene pubblico: la concessione amministrativa³.

² In "Le concessioni demaniali marittime", di Gabriele Lami C. Alberto Nebbia Colomba Stefano Villamena, EXEO edizioni, patrimoniopubblico.it

³ Con il termine "concessione amministrativa" si indicano tutti i provvedimenti amministrativi che conferiscono ai soggetti privati nuove posizioni giuridiche attive (acquisto di un diritto, di una facoltà ecc.).

Mediante la concessione è ampliata la sfera giuridica del soggetto privato che viene investito temporaneamente di funzioni proprie della pubblica amministrazione. Il concessionario non subentra nella titolarità del diritto o del potere del concedente, ma acquista facoltà e poteri concernenti beni e attività riservati esclusivamente alla PA. [...] La concessione amministrativa è uno strumento finalizzato a soddisfare

Il rapporto sussistente tra l'ente proprietario e il soggetto ammesso all'uso del bene è di tipo pubblicistico e prende il nome di rapporto di concessione⁴. Generalmente, tale rapporto, si instaura tramite atto amministrativo ma non sono rare le ipotesi in cui è regolato contrattualmente, a seguito di atto amministrativo⁵ di concessione.

Sussistono due tipologie di concessioni⁶ tuttavia, per i fini che ci occupano, è sicuramente più rilevante trattare della concessione traslativa. Quest'ultima, si ha quando la PA trasferisce al privato potestà delle quali è titolare l'amministrazione (es. concessione di beni o servizi) la quale mantiene comunque poteri di vigilanza e controllo sul corretto utilizzo del bene da parte del privato.

Per quanto attiene alle modalità di rilascio della concessione, che ha portato, ai contrasti tra il diritto unionale e quello interno, occorre precisare che negli ultimi

l'interesse pubblico che permette alla pubblica amministrazione una gestione indiretta di attività ad essa riservate: permette di provvedere in concreto alla gestione di un bene pubblico o di un servizio pubblico e, con effetto conseguente, produce una modificazione ampliativa nella sfera del concessionario. Mentre le concessioni di beni pubblici conferiscono al privato speciali diritti di natura reale o personale sopra alcuni beni di cui gli enti pubblici hanno l'esclusiva disponibilità, le concessioni di servizi pubblici creano nel concessionario il diritto esclusivo ad esercitare determinate attività in ordine ad una categoria di beni e servizi di cui il potere pubblico ha assunto la gestione.

Il rapporto instaurato mediante concessione amministrativa consta di prestazioni reciproche tra l'amministrazione ed il concessionario (consenso del concessionario, assunzioni di obbligazioni da parte del concessionario) devolute, ai sensi dell'art. 5 l. tar e successive modifiche o integrazioni, alla ricognizione esclusiva del giudice amministrativo. (C. Cost., n. 204/2004, in Urb., app., 2004, p. 1031). Cfr. S. Cassese, Dizionario di diritto pubblico, Giuffrè Editore-Milano 2006, pp. 1111-1112

⁴ M. Fratini, Manuale sistematico di diritto amministrativo, ed. 2019-2020

⁵ Secondo autorevole dottrina la qualificazione della concessione come atto amministrativo deriva dal fatto che "ogni qualvolta l'amministrazione pubblica sia titolare di un potere di scelta, tale cioè da rilevare in modi diversi su interessi dei terzi, l'esercizio di questo potere deve svolgersi secondo principi risultanti implicitamente o esplicitamente dalla Costituzione". (D. Sorace e C. Marzuoli, p.288).

La concessione, in particolare, rappresenterebbe l'alternativa pubblicistica alla gestione dei beni, opere e servizi rispetto al contratto di diritto privato. Pertanto, tale strumento, sebbene non autoritativo è qualificato come provvedimento amministrativo in quanto necessariamente sottoposto ai principi costituzionali di legalità, imparzialità e buon andamento. Cfr. Sabino Cassese, Dizionario di diritto pubblico, Giuffrè Editore-Milano 2006

⁶ L'altra tipologia è la concessione costitutiva, che ricorre quando la situazione giuridica attribuita al privato è totalmente nuova (es. cittadinanza). Cfr. R.Garofoli, Manuale di diritto Amministrativo, ed. VIII 2020-2021

anni si è assistito ad una politica di semplificazione nei rapporti tra PA e privato, con l'obiettivo di garantire il rispetto dei canonici principi ex art 97 Cost. quali buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione, nonché di rilancio dell'economia e competitività delle imprese.

In questo senso anche l'art. 18 del d.l. 22 giugno 2012, n.83, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n.134⁷.

Orbene, le predette modalità di rilascio implicano, in primo luogo, la corretta scelta del concessionario mediante procedure ad evidenza pubblica al fine di individuare il contraente in possesso di pertinenti mezzi tecnici ed economici. L'amministrazione, dal canto suo, ha poteri di indirizzo e vigilanza, preordinati alla corretta verifica e al rispetto dei principi di buona amministrazione. Il controllo, non imitandosi esclusivamente a quanto detto, può essere anche di carattere tecnico/economico e può attenersi al merito ma anche la legittimità (es: corretta osservanza delle clausole contrattuali)⁸.

Ottenuta la concessione, il concessionario non è libero nella scelta bensì sempre condizionato al dovere di utilizzazione del bene (in caso di concessione di beni) o di organizzazione e corretta funzionalizzazione del servizio (in caso di concessione di servizi) entro limiti e modalità fissate dalla concessione o dalla legge.

Nei rapporti con i terzi, il concessionario assume una posizione di supremazia, in conseguenza del trasferimento delle funzioni pubbliche proprie della PA. Ciò implica che gli atti posti in essere dal concessionario hanno natura amministrativa

⁷ “La concessione delle sovvenzioni, contributi, sussidi e ausili finanziari alle imprese e l'attribuzione dei corrispettivi e dei compensi a persone, professionisti, imprese ed entri privati e comunque di vantaggi economici di qualunque genere di cui all'art. 12 della l. 7 agosto 1990, n. 241 ad enti pubblici e provati, sono soggetti alla pubblicità sulla rete internet...”.

Tale articolo, costituisce “diretta applicazione dei principi di legalità, buon andamento e imparzialità sanciti dall'art. 97 della Costituzione” e ad esso devono conformarsi “entro il 31 dicembre 2012, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lettere g), h), l), m), r) della Costituzione, tutte le pubbliche amministrazioni centrali, regionali e locali, le aziende speciali e le società in house delle pubbliche amministrazioni”, nonché le regioni ad autonomia speciale “secondo le previsioni dei rispettivi Statuti”. Ad ogni buon conto, l'art. suddetto è stato abrogato e sostituito dal d.l. 14 marzo 2013, n. 33, recante “Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni” e trasfuso negli artt. 26 e 27 del decreto.

⁸ M. Fratini, Manuale sistematico di diritto amministrativo, ed. 2019/2020

e sono soggetti al relativo regime. Il soggetto privato, esercente pubblica funzione agisce sempre in nome proprio e, dunque, è responsabile degli atti e fatti illeciti compiuti.

Il rapporto concessorio, poi, si estingue in via automatica, per scadenza del termine (quando la concessione è a tempo determinato o non è stata prorogata) ovvero a seguito di morte del concessionario o, ancora, per il venir meno dell'oggetto della concessione.

2. Diritto di insistenza e normativa europea

Orbene, alla luce del breve excursus è opportuno precisare che la disciplina delle concessioni demaniali marittime, è, da sempre, risultata assai complessa a causa dei numerosi interventi normativi succedutisi negli anni in assenza di un più generale riordino – spesso delineato ma mai definitivamente approvato.

È di grande rilievo la «Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario» del 12 aprile 2000⁹, che, oltre a ribadire l'applicabilità dei principi di evidenza pubblica alle concessioni di beni, indipendentemente dal *nomen* della fattispecie, e quindi dalla sua qualificazione interna in termini pubblicistici o privatistici¹⁰, ha ulteriormente puntualizzato che

⁹ In G.U.C.E. n. 121/5 del 29 aprile 2000, su cui v. A. BARONE –U. BASSI, La comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario: spunti ricostruttivi, in *Foro.it.*, 2000, IV, 389 ss.; C. GUCCIONE, La comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 1253 ss.; F. LEGGIADRO, Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario, in *Urb app.*, 2000, 1071 ss. e, dello stesso Autore, Concessione e appalto: il nocciolo duro della distinzione, *ivi*, 2007, 1430 ss.; L. QUARTA –D. SPINELLI, Appalti pubblici europei: la comunicazione interpretativa della Commissione in tema di concessioni, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 585 ss.; E. VALLANIA, Le innovazioni apportate dalla comunicazione interpretativa della Commissione nel settore delle concessioni pubbliche, in *Riv. trim. app.*, 2000, 838 ss.; R. VILLATA –L. BERTONAZZI, Servizi di interesse generale, in M.P. CHITI–G.GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo, Parte speciale*, IV, Milano, 2007, 1791 ss.

¹⁰ Sotto tale profilo, la circolare ha puntualizzato che le norme del Trattato atte a garantire il buon funzionamento del mercato unico sono, in generale, rilevanti anche per le concessioni, seppure dallo stesso non espressamente menzionate. Ciò vale –precisa la comunicazione –anche per le concessioni di beni pubblici, rispetto alle quali viene in

il principio di trasparenza, esige che le Amministrazioni concedenti rendano pubblica, con appropriati mezzi di pubblicità, la loro intenzione di ricorrere ad una concessione; aggiungendo che tali forme di pubblicità dovranno contenere le informazioni necessarie affinché potenziali concessionari siano in grado di valutare il loro interesse a partecipare alla procedura, quali: l'indicazione dei criteri di selezione ed attribuzione; l'oggetto della concessione e delle prestazioni attese dal concessionario. Spetterà, quindi, ai giudici nazionali valutare se tali obblighi siano stati osservati attraverso l'adozione di appropriate regole o prassi amministrative.

Il diritto U.E., quindi, non sembra introdurre tanto un principio di gara, quanto piuttosto un "diritto alla trasparenza".

Peraltro, anche alla luce delle conclusioni raggiunte a livello unionale, il Consiglio di Stato, in più occasioni, ha avuto modo di allinearsi all'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia, riconoscendo ai principi posti a tutela della concorrenza una portata che va oltre l'ambito applicativo delle singole direttive¹¹.

Tuttavia, la maggiore complessità della tematica sta anche nel fatto che i predetti interventi normativi si sono intrecciati, talvolta essendone conseguenza diretta, con la normativa e con le procedure di contenzioso aperte in sede europea.

Invero, ciò che ha determinato i forti contrasti, soprattutto a livello unionale, è stata la sussistenza fino ad un'epoca abbastanza recente, nell'ambito dei beni pubblici¹², del cd diritto di insistenza.

rilievo «l'indifferenza comunitaria al nomen della fattispecie, e quindi alla sua riquilificazione interna in termini pubblicistici o privatistici».

¹¹ In applicazione dei criteri enunciati dalla Corte di Giustizia, alcune pronunce del Consiglio di Stato hanno affermato che, ai fini dell'applicazione dei principi di evidenza pubblica, è indifferente che la fattispecie sia riconducibile al settore degli appalti o delle concessioni giacché, sotto tale profilo, la concessione si distingue dall'appalto unicamente per le modalità di remunerazione dell'opera del concessionario (cfr., in tal senso, ad esempio, Cons. Stato, sez. IV, 25 gennaio 2005, n. 168, in Cons. Stato, 2005, I, 178; Id., sez. V, 31 maggio 2007, n. 2825, in Foro amm.-C.D.S., 2007, 1532).

¹² L'espressione "beni pubblici" in senso stretto, identifica un insieme assai eterogeneo di beni tradizionalmente appartenenti alla pubblica amministrazione e utilizzati direttamente della collettività oppure dai soggetti pubblici e privati titolari di funzioni e di servizi pubblici, quali strumenti essenziali per lo svolgimento di questi. In senso ampio, essa invece identifica tutti i beni appartenenti a qualsiasi titolo alla pubblica amministrazione.

Il diritto di insidenza è una situazione giuridica soggettiva di cui può essere titolare il concessionario di un bene pubblico. Consiste in una preferenza, accordata al precedente concessionario, rispetto agli altri concorrenti nel momento in cui l'amministrazione, dopo la scadenza della concessione, deve procedere alla nuova assegnazione del bene.

Orbene, come *supra* esplicitato, per procedere all'assegnazione dell'uso di un bene o servizio, necessaria è l'indizione, da parte della PA, di una procedura competitiva. È evidente, pertanto, il contrasto tra il diritto di insidenza e l'esigenza di procedere ad un'assegnazione del bene pubblico tramite regole di tutela della concorrenza.

Il problema si è posto, soprattutto, con riguardo all'art. 37 cod. nav¹³.(oggi abrogato e sostituito dall'art. 7 co.2, dl. n. 194/09) in quanto, l'articolo in

L'impiego dell'espressione, nel primo senso, è sempre valso a individuare anche un determinato regime giuridico dei beni, speciale rispetto al regime ordinario dei beni e della proprietà. In senso lato, al contrario, l'espressione può avere solamente un significato descrittivo.

Il regime speciale dei beni pubblici in senso stretto consiste in una disciplina particolarmente protettiva dei medesimi beni, diretta ad assicurare che questi, direttamente e immediatamente strumentali all'esercizio di diritti collettivi o di funzioni e servizi pubblici, si conservino integri e non siano sottratti alla loro destinazione istituzionale dalla stessa pubblica amministrazione o da soggetti terzi. Gli altri beni pubblici, intesi in senso ampio, sono invece assoggettati al regime della proprietà dei beni privati (art. 826, co.1; art 828 co.1; art. 830, co. 1 cc.), fatta eccezione per alcuni profili disciplinati dalle disposizioni legislative, che li concernono specificamente (si pensi, per esempio, alle norme sulla contabilità pubblica e sull'attività contrattuale delle amministrazioni, coinvolgenti pure questi beni). [...] Cfr. S. Cassese, Dizionario di diritto pubblico, Giuffrè Editore-Milano 2006, pp.714 ss.

¹³ «Al fine della tutela dell'ambiente costiero, per il rilascio di nuove concessioni demaniali marittime per attività turistico-ricreative è data preferenza alle richieste che importino attrezzature non fisse e completamente amovibili. È altresì data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze.

Quando non ricorrano tali ragioni di preferenza, per le concessioni di durata superiore al quadriennio o che importino impianti di difficile sgombero, si procede a pubblica gara o a licitazione privata.

Nello stesso caso, per le concessioni di durata non superiore al quadriennio e che non importino impianti di difficile sgombero, la preferenza è data al precedente concessionario e, in mancanza, si procede a licitazione privata».

Il testo è stato prima sostituito dall'art. 02, comma 1, D.L. 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, con L. 4 dicembre 1993, n. 494, e poi così modificato dall'art. 1, comma 18, D.L. 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni,

questione concedeva preferenza alle precedenti concessioni già rilasciate in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze.

Il Consiglio di Stato, già prima dell'abrogazione della norma ivi descritta, accordava all'art. 37 cod. nav. un'interpretazione che privilegiava l'esperimento della gara per il rinnovo di concessioni di beni demaniali con l'obiettivo di comprimere ai minimi termini il diritto di insistenza del concessionario in scadenza.

Tale approccio nasceva dall'esigenza di adeguare il diritto interno ai principi dell'Unione Europea, nella specie in materia di libera circolazione dei servizi, della par condicio, d'imparzialità e di trasparenza. Tali principi fungono da importanti limiti perché con le concessioni si forniscono ottime occasioni di guadagno ai soggetti che operano sul mercato.

Quanto detto, chiaramente, ha giustificato la successiva abrogazione dell'art. 37 cod. nav., avventa all'esito di una procedura d'infrazione¹⁴ operata nei confronti dello Stato Italiano per violazione del diritto dell'UE.

Seppure, comunque, non è da trascurare la circostanza per cui l'abrogazione suddetta sia stata accompagnata da disposizioni di legge interna che hanno previsto il rinnovo automatico delle concessioni in scadenza.

Invero, la disciplina della proroga delle concessioni demaniali marittime, in assenza del preventivo esperimento di una procedura ad evidenza pubblica, è stata introdotta dapprima con l'art. 1, comma 2 del d.l. 5 ottobre 1993, n. 400, come sostituito dall'art. 10, comma 1, della l. 88 del 2001, mediante il quale

dalla L. 26 febbraio 2010, n. 25. L'attuale testo prevede: *“Nel caso di più domande di concessione, 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. Al fine della tutela dell'ambiente costiero, per il rilascio di nuove concessioni demaniali marittime per attività turistico-ricreative è data preferenza alle richieste che importino attrezzature non fisse e completamente amovibili. Qualora non ricorrano le ragioni di preferenza di cui ai precedenti commi, si procede a licitazione privata.”*

¹⁴ Con lettera di messa in mora del 29 gennaio 2009, la Commissione ha in particolare informato il Governo italiano di aver iniziato ad esaminare – in esito alla presentazione di una denuncia – alcune norme del Codice della navigazione e della l.r. 13 novembre 2006, n. 22 della Regione Friuli Venezia Giulia, che sollevavano questioni di incompatibilità con l'art. 43 TCE (attuale art. 49 TFUE) in materia di libertà di stabilimento. (cfr. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596809/IPOL_STU\(2017\)596809_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596809/IPOL_STU(2017)596809_IT.pdf))

veniva fissata la durata della concessione in sei anni, con rinnovo automatico alla scadenza per altri sei anni¹⁵ e così successivamente ad ogni scadenza. La *ratio* sottesa a questa norma, poi abrogata dall'art. 11, comma 1, l. 217/2015, è stata ripresa da diverse disposizioni nazionali nel corso degli anni.

In un primo momento, dalla l.221/2012, di conversione del d.l. 179/2012, che ha prorogato sino al 31 dicembre 2020 la validità delle concessioni demaniali marittime in atto e, successivamente dall'art. 1, comma 682, l. 145/2019, che ne ha esteso la portata sino al 31 dicembre 2033.

Con la legge di conversione del decreto c.d. "Rilancio" (l. 77 del 17 luglio 2020), il legislatore italiano è intervenuto sul tema, rafforzando, nuovamente, il prolungamento dei titoli sino al 2033. Ai sensi dell'art. 182 co. 2 del provvedimento citato, infatti, è stata prevista la sospensione dei procedimenti amministrativi volti alla nuova assegnazione delle concessioni demaniali

¹⁵ Con il dl. n. 194/09 il legislatore è intervenuto per eliminare il "diritto di preferenza". Dopo la conversione ad opera della l. 26 febbraio 2010 n.25, l'art. 1, comma 18, dl. n. 194/09 ha previsto che, *"ferma restando la disciplina relativa all'attribuzione di beni a regioni ed enti locali in base alla legge 5 maggio 2009, n.42, nonché alle rispettive norme di attuazione, nelle more del procedimento di revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico-ricreative, da realizzarsi, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento di tali concessioni, sulla base dell'intesa in sede di Conferenza Stato-regioni ai sensi dell'art. 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003 n.131, che è conclusa nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di garanzia dell'esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione dell'attività imprenditoriale e di tutela degli investimenti, nonché in funzione del superamento del diritto di insistenza di cui all'art. 37, secondo comma, secondo periodo, del codice della navigazione, il termine di durata delle concessioni in essere alla durata di entrata in vigore del presente decreto e in scadenza entro il 31 dicembre 2015 è prorogato fino a tale data, fatte salve le disposizioni di cui all'art. 3, comma 4bis, del dl. 5 ottobre 1993, n.400, convertito, con modifiche, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494. All'art. 37 secondo comma, del codice della navigazione, il secondo periodo è soppresso."*

Orbene, il citato art. 3, comma 4bis, dl n. 400/93 (prima di essere modificato dall'art. 11, comma 1, lett. c), della legge 15 dicembre 2011, n. 217- Legge comunitaria 2010) stabiliva che *"ferme restando le disposizioni di cui all'art. 01, comma 2, le concessioni di cui al presente articolo possono avere durata superiore a 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."* Cfr. S. Zunarelli – N. Carneio, *L'impresa balneare sul demanio marittimo*, Cacucci Editore- Bari 2019, pp. 22 ss.

marittime o alla riacquisizione al patrimonio pubblico delle aree demaniali, sino al termine previsto dalla l. 145/2019.

Tale situazione, ha sollevato, tuttavia, forti critiche che hanno necessitato l'intervento dell'Unione Europea.

3. La pronuncia della Corte di Giustizia sulla proroga dei termini per le concessioni demaniali

Un elemento che ha inciso sul contesto di riferimento è stata l'entrata in vigore della nota direttiva servizi n. 2006/123/UE (cd. direttiva Bolkestein): essa infatti trova applicazione anche con riferimento alla materia delle concessioni demaniali marittime, in particolare per quanto riguarda la durata e la procedura di rinnovo delle concessioni. Al fine di assicurare libertà di stabilimento e libera circolazione dei servizi tra gli Stati membri, la direttiva istituisce un quadro giuridico generale per un'ampia varietà di servizi nel mercato interno, trovando applicazione per i requisiti che influenzano l'accesso all'attività di servizi o il suo esercizio.

La direttiva è stata recepita in Italia con il decreto legislativo 26 marzo 2010 n. 59, integrato poi dal decreto legislativo 6 agosto 2012, n. 147.

Il fulcro della direttiva, per quanto concerne la questione delle concessioni demaniali, è costituito dall'art. 12, 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, 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 tali casi l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitatamente 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. Gli Stati membri, nello stabilire le regole della procedura di selezione, possono però tenere in considerazione elementi 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 europeo.

Come già esplicitato, il legislatore italiano è intervenuto a più riprese sulla disciplina di tali concessioni, da ultimo con la proroga sino al 31 dicembre 2020

delle concessioni demaniali in essere alla data del 30 dicembre 2009 e in scadenza entro il 31 dicembre 2015¹⁶.

Tuttavia, stanti i peculiari problemi sollevati dalla disciplina interna, i giudici italiani hanno ritenuto opportuno proporre, davanti alla Corte di Giustizia¹⁷ il quesito pregiudiziale sulla compatibilità della proroga con il diritto dell'Unione Europea, nella specie con gli artt. 49, 56, 106 TFUE, nonché con il su menzionato art. 12 della direttiva 2006/123/CE (cd. Direttiva Bolkestein, o "direttiva servizi"). La Corte si è pronunciata il 14 luglio 2016, in due cause riunite C-458/14¹⁸ e C-67/15, dichiarando l'illegittimità della proroga automatica delle concessioni demaniali balneari ritenendo che gli art. 49 TFUE¹⁹ e 12 della

¹⁶ Art. 34-duodecies del decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221.

¹⁷ Cfr Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 26 settembre 2014, n.240; Tar Sardegna, sez. I, 28 gennaio 2015, n.226; Cons. St., ord., sez. VI, 14 agosto 2015, n.3936)

¹⁸ La prima causa C-458/14 era sorta dal rinvio pregiudiziale del Tar Lombardia, al quale la società Promoimpresa s.r.l. aveva chiesto di annullare il provvedimento del Consorzio dei Comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda ("Consorzio") di diniego di rinnovo della concessione demaniale lacustre in scadenza al 31 dicembre 2010. La Promoimpresa aveva impugnato tale decisione del Consorzio dinanzi al Tar Lombardia fondando i propri motivi di ricorso, in particolare, su una violazione dell'art. 1, comma 18, del d.l. n. 194/2009, convertito con l. n. 25/2010, in quanto tale disposizione prevedeva la proroga della data di scadenza delle concessioni. Nel corso del giudizio per l'annullamento della decisione del Consorzio, il Tar Lombardia ha formulato un quesito pregiudiziale alla Corte di Giustizia così articolato: «I principi della libertà di stabilimento, di non discriminazione e di tutela della concorrenza, di cui agli articoli 49, 56, e 106 del TFUE, nonché il canone di ragionevolezza in essi racchiuso, ostano ad una normativa nazionale che, per effetto di successivi interventi legislativi, determina la reiterata proroga del termine di scadenza di concessioni di beni del demanio marittimo, lacuale e fluviale di rilevanza economica, la cui durata viene incrementata per legge per almeno undici anni, così conservando in via esclusiva il diritto allo sfruttamento ai fini economici del bene in capo al medesimo concessionario, nonostante l'intervenuta scadenza del termine di efficacia previsto dalla concessione già rilasciatagli, con conseguente preclusione per gli operatori economici interessati di ogni possibilità di ottenere l'assegnazione del bene all'esito di procedure ad evidenza pubblica?» (v. sentenza cause riunite C-458/14 e C-67/15, punto 18)

¹⁹ Art. 49 TFUE (ex art. 43 TCE) *"Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro. La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo*

Direttiva Bolkestein ostino alla previsione, da parte del giudice nazionale, di proroghe automatiche delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere, in assenza di una procedura di selezione tra potenziali candidati.

La Corte tiene a precisare che spetta al giudice nazionale, in via preventiva, verificare, ai fini dell'applicazione della direttiva ivi citata, se le concessioni italiane possano essere oggetto di un numero limitato di autorizzazioni per via della scarsità delle risorse naturali.²⁰ In caso di esito positivo, tuttavia, si precisa che il rilascio di autorizzazioni relative allo sfruttamento economico del demanio

54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali.”

Art. 12 Direttiva Bolkestein *“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.*

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.

Fatti salvi il paragrafo 1 e gli articoli 9 e 10, 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.”

²⁰ È di notoria conoscenza il principio per cui, nell'ambito di un procedimento pregiudiziale non spetta alla Corte di giustizia pronunciarsi sul diritto nazionale e sulla sua compatibilità con il diritto dell'Unione. Le pronunce rese dalla Corte di Giustizia in via pregiudiziale vertono infatti sulle disposizioni del diritto dell'Unione europea oggetto del quesito, delle quali mirano ad assicurare la corretta interpretazione in modo uniforme in tutti gli Stati membri. Di contro, spetta esclusivamente al giudice nazionale del rinvio pronunciarsi in merito all'interpretazione del diritto nazionale ai fini della decisione sul caso a quo. In tal senso, CGUE sentenza del 18 aprile 2013, L v. M, causa C-463/11, EU:C:2013:247, punto 29. Si veda inoltre CGUE, sentenza del 26 gennaio 2010, Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL, causa C-118/08, EU:C:2010:39, punto 23, ove la Corte ha chiarito che «se è vero che non spetta alla Corte pronunciarsi, nell'ambito di un procedimento pregiudiziale, sulla compatibilità di una normativa nazionale con il diritto dell'Unione, essa ha reiteratamente dichiarato di essere competente a fornire al giudice del rinvio tutti gli elementi interpretativi attinenti a tale diritto che gli consentano di pronunciarsi sulla detta compatibilità per la definizione della causa della quale è adito»

marittimo e lacustre deve essere necessariamente soggetto ad una procedura di selezione tra i potenziali candidati, finalizzata a presentare tutte le garanzie di imparzialità, trasparenza e pubblicità. Seguendo questo ragionamento, si comprende bene come la proroga automatica delle autorizzazioni non consente affatto di organizzare la procedura su richiesta.

La disciplina interna è stata giudicata in contrasto con il diritto dell'UE in quanto, la Corte di Giustizia ha considerato le “concessioni demaniali” oggetto dei quesiti pregiudiziali alla stregua di “autorizzazioni”²¹, ai sensi e per gli effetti dell'art. 12 della direttiva servizi (cd. Bolkestein) 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»*. Ciò detto, la Corte esclude che le “concessioni demaniali” rientrino nel novero delle “concessioni di servizi” ai sensi della direttiva 2014/23/UE134, rilevando, al contrario, che le concessioni oggetto di controversia *«vertono non su una prestazione di servizi determinata dell'ente aggiudicatore, bensì sull'autorizzazione a esercitare un'attività economica in un'area demaniale»*. Da ciò consegue, secondo la Corte, che *«le concessioni di cui ai procedimenti principali non rientrano nella categoria delle concessioni di servizi (assoggettabili alla direttiva 2014/23/UE)»*²²

La Corte ha ammesso, altresì, la possibilità per le Autorità nazionali di adottare soluzioni fondate sulla tutela del “legittimo affidamento” dei concessionari. Tali soluzioni, tuttavia, richiedono *«una valutazione caso per caso che consenta di*

²¹ Concessione amministrativa e autorizzazione differiscono per molteplici aspetti. Mediante la concessione amministrativa il privato acquista un nuovo diritto che gli deriva dalla Pubblica Amministrazione (utilizzare dei beni pubblici, gestione di servizi pubblici ecc.), nelle autorizzazioni la PA si limita a rendere possibile l'esercizio di un potere o di un diritto che già esisteva potenzialmente nel privato.

Con le prime si assiste all'attribuzione di nuovi diritti o poteri, nelle autorizzazioni l'Amministrazione si limita a rimuovere un limite all'esercizio di preesistenti diritti.

La concessione rappresenta uno strumento di realizzazione dell'interesse pubblico mediante la gestione indiretta di attività o beni di cui è titolare l'Amministrazione, l'autorizzazione consiste, invece, in un provvedimento in grado di rimuovere limiti all'esercizio di un tale diritto, qualora l'esercizio di tale diritto non contrasti con l'interesse pubblico. [...] Cfr. Sabino Cassese, Dizionario di diritto pubblico, Giuffrè Editore-Milano 2006.

²² Sentenza cause riunite C-458/14 e C-67/15, punto 47. Si veda, inoltre, in proposito, il Capitolo 1, § 1.2

dimostrare che il titolare dell'autorizzazione poteva legittimamente aspettarsi il rinnovo della propria autorizzazione e ha effettuato i relativi investimenti»²³.

In caso di concessioni demaniali non ricadenti nell'ambito di applicazione né della direttiva Bolkestein né in altre in materia di contratti pubblici, a parer della Corte, le Autorità nazionali avrebbero comunque l'obbligo di «rispettare le regole fondamentali del Trattato FUE, in generale, e il principio di non discriminazione, in particolare» per l'affidamento delle concessioni che presentino un «interesse transfrontaliero certo» in considerazione in particolare dell'ubicazione geografica e del valore, atteso che l'assegnazione di una siffatta 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 [...] in linea di principio, vietata dall'art. 49 TFUE».

Per individuare, caso per caso la tutela esperibile per ragioni di certezza del diritto, la Corte ha fatto riferimento alla data di attribuzione delle singole concessioni. In caso di concessioni attribuite nel 1984 «quando non era ancora stato dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo avrebbero potuto essere soggetti a obblighi di trasparenza, [il principio della certezza del diritto] esige 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».

Per contro, per concessioni - quali quelle oggetto di controversia - attribuite negli anni Duemila «quando già era stato dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo dovevano essere soggetti a obblighi di trasparenza, [...] il principio della certezza del diritto non può essere invocato per giustificare una disparità di trattamento vietata in forza dell'articolo 49 TFUE».²⁴

Orbene, tale ricostruzione normativa è stata avvalorata anche dal Consiglio di Stato che, con diverse sentenze (ex multis C.d.s., sez. VI, n. 2890/2019), ha dichiarato l'illegittimità delle proroghe ex lege della scadenza delle concessioni

23

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596809/IPOL_STU\(2017\)596809_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596809/IPOL_STU(2017)596809_IT.pdf)

24

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596809/IPOL_STU\(2017\)596809_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596809/IPOL_STU(2017)596809_IT.pdf)

demaniali, in quanto equivalenti ad un rinnovo automatico di per sé ostativo ad una procedura selettiva²⁵.

4. Contrasti giurisprudenziali

È opportuno, tuttavia, rilevare che a monte della pronuncia della Corte di Giustizia, vi è sicuramente la posizione dell'AGCM che, sin dal 1998, ha rilevato come le forti criticità dell'intero sistema normativo derivano prevalentemente dal fatto che le concessioni di beni, spesso si spingono oltre sino a disciplinare profili direttamente connessi con l'attività di impresa svolta sul medesimo bene. Questa tendenza comporta che, in molti casi, le normative, anziché sancire un obbligo generalizzato di ricorso a procedure competitive ispirate ai criteri di trasparenza e pubblicità, come desumibili dal Trattato sull'Unione europea, prevedano ipotesi di favore nei riguardi del precedente concessionario, sia in fase di rilascio delle concessioni che in fase di rinnovo; il che non permette l'effettiva equipollenza delle condizioni offerte dai partecipanti alla selezione.

Si tratta di profili sussistenti in modo evidente nelle norme che regolano le concessioni del demanio marittimo, come peraltro evidenziato dall'Autorità

²⁵ Il Consiglio di Stato ha, per altro, ribadito che la proroga automatica delle concessioni del demanio marittimo a chi sia già titolare, determina una disparità di trattamento tra operatori economici mediante preclusioni ed ostacoli alla gestione dei beni demaniali oggetto di concessione.

Nella specie: *“La normativa nazionale, recante la proroga generalizzata e automatica di concessioni demaniali in essere, nella misura in cui realizza un rinnovo automatico delle medesime ostativo all'espletamento di procedure competitive, si pone in contrasto con i principi eurounitari di par condicio, imparzialità e trasparenza, ritenuti dalla giurisprudenza nazionale e sovranazionale applicabili anche alle concessioni di beni. Tale contrasto, soprattutto ove sancito dalla stessa CGUE, pone a carico dello Stato membro, da intendere in un'accezione ampia che ricomprenda anche il suo apparato amministrativo, l'obbligo di non applicare la norma di diritto interno. Considerato, tuttavia, l'orientamento giurisprudenziale prevalente secondo il quale il provvedimento amministrativo adottato in applicazione di una norma nazionale contrastante con il diritto comunitario è soggetto alla doverosa impugnabilità, in assenza di un annullamento giurisdizionale dell'atto concessorio illegittimo, il giudice dell'ottemperanza, chiamato a pronunciarsi sull'esecuzione del giudicato che ha disposto l'annullamento dei provvedimenti di diniego in ordine alle istanze volte a sollecitare una procedura competitiva per l'affidamento di un'area demaniale marittima, in forza di una proroga automatica della concessione originariamente rilasciata, non può disporre a carico dell'amministrazione l'obbligo di esercizio del potere che si traduca in una selezione pubblica per l'assegnazione dell'area, ostandovi l'attuale vigenza ed efficacia della concessione rilasciata.”* (C.d.S sez. VI, 18/11/2019, n.7874)

Garante per la Concorrenza e il Mercato (AGCM), nella nota segnalazione del 2008²⁶, con la quale sono state “censurate”, in particolare l’art. 37, secondo comma, del Codice della navigazione e l’art. 1, comma 2, del d.l. 5 ottobre 1993, n. 400, (conv. in l. 4 dicembre 1993, n. 494) come modificato dall’art. 10, l. 16 marzo 2001, n. 88.

Inevitabilmente e successivamente alla segnalazione dell’AGCM la Commissione Europea ha avviato una procedura di infrazione²⁷ con riferimento alle medesime norme nazionali sopra illustrate, contestandone la compatibilità con il diritto U.E.e, in particolare, con il principio della libertà di stabilimento: nel caso specifico, la Commissione ha ritenuto che tali norme costituiscono una discriminazione per le imprese provenienti da altri Stati membri, che si trovano nella condizione di essere ostacolati dalla preferenza accordata dalla normativa interna al concessionario uscente.

Facendo seguito all’avvio della procedura di infrazione, con il d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, conv. in l. 26 febbraio 2010, n. 25, il Governo ha adeguato le disposizioni del Codice della navigazione oggetto di rilievi, eliminando, in particolare, la preferenza in favore del concessionario uscente nell’ambito della procedura di attribuzione delle concessioni.

Il problema principale, tuttavia, è legato all’altra disposizione (l’art. 10, l. n. 88/2001), che, non distinguendo tra la tipologia formale delle concessioni, aveva comunque introdotto la regola del rinnovo automatico di sei anni in sei anni, pur essendo stata formalmente abrogata dall’art. 11, l.15 dicembre 2011, n.217 legge comunitaria 2010), è stata poi sostanzialmente trasfusa nell’art. 1, co. 18, d.l. n. 194/2009, conv. in l. n. 25/2010, che ha disposto la proroga delle concessioni in essere al 30 dicembre 2009 sino al 31 dicembre 2015; termine, poi, ulteriormente prorogato al 31 dicembre 2020²⁸.

La procedura di infrazione è stata comunque chiusa in data 27 febbraio 2012, sulla base del fatto che lo stesso art. 11 ha delegato il Governo ad emanare

²⁶ Si tratta della segnalazione AS481 del 20 ottobre 2008, pubblicata nel Bollettino n. 39 del 12 novembre 2008, reperibile in www.agcm.it

²⁷ Si tratta della procedura di infrazione n. 2008/4908, su cui v. la lettera di messa in mora inviata all’Italia il 29 gennaio 2009

²⁸ V. art. 34-duodecies, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. in l. 17 dicembre 2012, n. 221

un decreto legislativo avente ad oggetto la revisione e il riordino della legislazione relativa alle concessioni demaniali marittime²⁹.

Alla luce dei predetti rilievi ed in attesa di un'adeguata riforma, la Corte costituzionale è intervenuta sulla questione, dichiarando costituzionalmente illegittime alcune disposizioni regionali –per mancato rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento U.E. che prevedevano proroghe delle concessioni demaniali marittime in favore dei titolari delle concessioni; tra le più significative è opportuno citare la decisione n. 180/2010³⁰ che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art 1, l.r. Emilia Romagna 23 luglio 2009, n. 8- che prevedeva la possibilità, per i titolari di concessioni demaniali, di chiedere la proroga della concessione, fino ad un massimo di 20 anni dalla data del rilascio, subordinatamente alla presentazione di un programma di investimenti per la valorizzazione del bene- in quanto determinava *“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 (detto anche “di non discriminazione”), che si ricava dagli artt. 49 e ss. del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in tema di*

²⁹ Va qui ricordato che ancor prima delle censure mosse dalla Commissione europea, era emersa la necessità di revisione della disciplina codicistica sui beni pubblici, su cui v. le proposte della Commissione c.d. Rodotà, istituita con decreto del Ministro della giustizia del 21.06.2007 con l'incarico di elaborare uno schema di legge delega contenente i principi ed i criteri direttivi per una possibile riforma delle norme del Codice civile in materia di beni pubblici. La Commissione ha concluso i suoi lavori ad inizio 2008. In merito, v. i materiali contenuti in U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ, *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, nonché E. REVIGLIO, *Per una riforma del regime giuridico dei beni pubblici*. Le proposte della Commissione Rodotà, in *Pol. dir.*, 2008, 3, 531 ss. In dottrina, v. le considerazioni di S. CASSESE, *Conclusioni*, in *Annuario AIPDA*, cit., 379 ss. e A. ROMANO TASSONE, *Conclusioni*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008, 703 ss. Con riferimento al demanio marittimo, anche se con riguardo ai profili inerenti la determinazione ed introito dei canoni, si vedano, inoltre, le conclusioni contenute nella delibera della Corte dei conti, Sezione centrale di controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato, 19 dicembre 2008, n. 29-2008-G, in www.corteconti.it, nonché le opzioni regolatorie indicate dal gruppo di lavoro e ricerca costituito per lo svolgimento di una Analisi di impatto della regolamentazione (AIR) sulla Determinazione dei canoni delle concessioni di demanio marittimo per finalità turisticoricreative presso l'Università degli Studi “Roma Tre”, in <http://www.dipesroma3.eu/dripea/?Attivit%E0>.

³⁰ Corte Cost., 20 maggio 2010, n. 180, in *Giur. cost.* 2010, 3, 2161, con nota di M. ESPOSITO, *La triade schmittiana à rebours*.

libertà di stabilimento, favorendo i vecchi concessionari a scapito degli aspiranti nuovi.”

Nello stesso modo anche con riguardo all’art 16, comma 2, l.r. Toscana n.23 dicembre 2009, n.77, infatti la Corte, con sentenza n. 340/2010, richiamandosi alla precedente decisione, ne ha dichiarato l’illegittimità costituzionale.

Ma, al di là dei singoli casi- che, invero, ne sono stati molti- dall’esame delle pronunce citate emerge che, nel procedimento di assegnazione dei beni demaniali, occorre necessariamente 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.

Anche la giurisprudenza amministrativa si è allineata a questo orientamento, infatti, ha sollevato diverse questioni pregiudiziali davanti alla Corte di Giustizia Europea. Tra le tante, la sentenza Tar Lombardia Milano, sez. IV, 24 settembre 2014, n. 2401³¹ che ha subordinato l’esito del contenzioso al “risponso” del giudice U.E. in ordine alla legittimità o meno dell’art. 1, co. 18, l. n. 25/2010. Tale proroga, di durata pluriennale, sancita ex lege per le concessioni demaniali era addotta in giudizio da una società che aveva impugnato avanti al Tar Lombardia il provvedimento con cui un Consorzio di Comuni aveva negato il rinnovo di una concessione ad uso turistico-ricreativo, compresa nel demanio del Lago di Garda, sulla sponda bresciana, adducendo, a motivo del diniego, una delibera della Giunta regionale lombarda, secondo cui le concessioni possono essere rilasciate soltanto “*a seguito di apposita procedura di selezione comparativa ispirata ai principi di libera circolazione dei servizi*”, sanciti in ambito europeo. Di analogo contenuto sono anche altri due rinvii pregiudiziali, sollevati dal Tar Sardegna, sez. I, 28 gennaio 2015, n. 224 (51) e Cons. Stato, sez. IV, 14 agosto 2015, n. 3936.

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

La nuova normativa volta a garantire compatibilità con l’ordinamento unionale non è tuttavia mai intervenuta e, approssimandosi la scadenza del 31 dicembre 2020, con l’art. 1 commi 682 e 683 della Legge 145/2019 il legislatore italiano

³¹ In www.giustizia-amministrativa.it

ha disposto ulteriore proroga delle concessioni demaniali in vigore fino al 31 dicembre 2033.

Questa situazione ha portato l'insorgere di una serie di pronunce da parte dei Tribunali Amministrativi Regionali italiani in aperto contrasto con la direttiva sui servizi sopra menzionata.

In particolare, sono abbastanza rilevanti alcuni recenti interventi del Tar Puglia-sez. Lecce³² (cfr. Sentenza n. 71/2021, Sentenza n. 72/2021, Sentenza n. 73/2021, Sentenza n. 74/2021, Sentenza n. 75/2021). Secondo questi orientamenti, la direttiva Bolkestein non sarebbe auto esecutiva³³, pertanto non troverebbe applicazione diretta nello Stato italiano.

³² Il Tar Lecce, nella sentenza n. 72/2021 espressamente statuisce: *“l'impugnato provvedimento è illegittimo perché in palese violazione della legge nazionale 145/2018, ovvero l'unica normativa che possa applicarsi nella specie, attesa la prevalenza della legge nazionale sulla direttiva Bolkestein, che non è self-executing e pertanto non è suscettibile di diretta ed immediata applicazione per difetto dei presupposti, necessitando di apposita normativa nazionale attuativa e di riordino del settore e traducendosi in tal modo la cd disapplicazione in evidente mera violazione della legge (disapplicazione in senso assoluto). Né può avere rilevanza in senso contrario la palese violazione da parte dello Stato Italiano degli obblighi derivanti dalla sua adesione al Trattato U.E., atteso che la fattispecie in esame attiene al rapporto Stato/cittadino, diverso e parallelo rispetto al rapporto Stato/Unione europea. Da quanto sopra discende l'illegittimità degli impugnati provvedimenti sia con riferimento al diniego della proroga ex lege, sia con riferimento alla cd. proroga tecnica condizionata, dovendosi conseguentemente dichiarare il diritto della parte ricorrente di conseguire la proroga del titolo concessorio in essere per la durata prevista dalla legge nazionale n. 145/2018, ovvero fino al 31/12/2033, atteso che il diritto alla proroga risulta direttamente sancito dall'art. 1 commi 682 ss della legge 145/2018.”*

³³ Sul punto, il Tar Lecce, set. 72/2021: *“(…) appare dirimente la circostanza che la direttiva servizi o Bolkestein non può qualificarsi come self-executing in quanto non possiede i requisiti oggettivi dell'auto-esecutività e non è pertanto - per quanto di seguito evidenziato - immediatamente applicabile, in assenza di una normativa nazionale di attuazione. In tal senso si è espressa la giurisprudenza del Consiglio di Stato con la sentenza Sez. VI 27.12.2012 n. 6682: “la richiesta di annullamento dei provvedimenti impugnati, previa diretta disapplicazione dell'art. 1 comma 18 del DL 194/2009, come convertito in legge 25/2010 (ovvero sia pure implicitamente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia) per incompatibilità di tale disposizione con le norme ed i principi del diritto comunitario, non può trovare accoglimento sia perché la procedura di infrazione è stata archiviata, ...ma soprattutto perché la direttiva 123/06/CE che integra i principi di diritto comunitario non è di diretta applicazione” (CDS VI n. 6682/2012) Occorre in proposito esporre alcune*

considerazioni che, ad avviso del Collegio rendono evidente – anche sotto altro e diversa angolazione visuale – la natura non self executing della direttiva servizi: a). Il principio di completezza dell’ordinamento richiede anzitutto che ogni fattispecie debba necessariamente trovare una norma di regolazione e, pertanto, per quanto sopra già evidenziato, la disapplicazione (in senso relativo, ovvero disapplicazione norma interna / applicazione norma U.E.) della norma interna si può ritenere giustificata laddove la fattispecie possa e debba essere regolata dalla norma concorrente superiore, secondo la scala di gerarchia delle fonti. Orbene, la cosiddetta “disapplicazione” (rectius: violazione) della Legge nazionale 145/18 non realizzerebbe l’adempimento degli obblighi dello Stato Italiano rispetto agli impegni euro-unionali e non risulterebbe – ad esempio - idonea a paralizzare l’avvio della procedura di infrazione. b). Inoltre, l’adempimento degli obblighi inerenti l’adesione al trattato U.E. implica necessariamente che lo Stato Italiano debba garantire l’uniforme applicazione della direttiva sull’intero territorio nazionale. c). Necessità di abrogazione/riforma di norme nazionali vigenti, obiettivamente non compatibili con l’applicazione diretta ed immediata della direttiva servizi e con i principi espressi dalla stessa C.G.U.E.. Così ad esempio appare necessaria e preliminare una previa modifica delle norme del codice della navigazione e in particolare degli artt. 42 e 49, anche con riferimento alla previsione di indennizzo in favore del concessionario uscente L’art. 42 cod. nav. per il caso di revoca discrezionale della concessione demaniale per ragioni di pubblico interesse, cui appare riconducibile per analogia la fattispecie in esame, esclude espressamente la previsione di indennizzo in favore del concessionario uscente. Occorre in proposito considerare preliminarmente che le concessioni demaniali marittime, così come configurate tradizionalmente nell’ordinamento interno, nel quale era assolutamente prevalente, se non assorbente, una connotazione “pubblicistica”, hanno subito una profonda trasformazione proprio per effetto delle indicazioni emergenti dall’ordinamento euro-unionale, che ha invece in particolar modo evidenziato il profilo economico delle concessioni demaniali, per la loro idoneità a costituire fonte di reddito per il concessionario. Proprio in virtù di tale ritenuta preminenza dell’aspetto privatistico ed economico inerente la concessione demaniale, nonché sulla base della ritenuta limitatezza della risorsa costiera, è stata adottata la direttiva servizi includendovi l’attribuzione dei titoli concessori solo attraverso gare ad evidenza pubblica, anche al fine di garantire tutela ad interessi transfrontalieri, ritenendo altresì la direttiva Bolkestein ostativa a disposizioni legislative di proroga automatica in favore dei titolari di concessioni. La mutata concezione della concessione demaniale, intesa ora prevalentemente come risorsa economico produttiva, non appare compatibile con la espressa esclusione della corresponsione di un indennizzo in favore del concessionario uscente, perché ciò realizzerebbe una violazione di diritti che trovano tutela sia nella Costituzione, sia nello stesso trattato U.E., quali la libertà di stabilimento e la tutela del diritto di proprietà. Deve infatti considerarsi che l’indennizzo risponde a esigenze di equità, atteso che il concessionario in essere con la sua opera e con propri investimenti, nonché attraverso la realizzazione delle opere legittimamente autorizzate, ha determinato un incremento di valore del bene demaniale, che – una volta rientrato nella giuridica disponibilità dell’amministrazione, determinerà un più o meno

rilevante incremento del canone a vantaggio della pubblica amministrazione e in danno del privato; ovvero – per l'ipotesi in cui il canone a carico del nuovo concessionario dovesse restare invariato – un trasferimento di ricchezza legato alle maggiori caratteristiche di redditività – in favore del nuovo concessionario e in danno del concessionario uscente; ricorrendo pertanto in entrambe le ipotesi un trasferimento di ricchezza privo di causa in violazione pertanto di diritti garantiti dalla Costituzione Italiana e dal Trattato U.E.. d). A ciò deve aggiungersi una ulteriore considerazione: la stessa Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ancorché con statuizione non vincolante sul punto, ha in più occasioni ribadito la compatibilità con la direttiva servizi di una norma nazionale di attuazione che tuteli le aspettative ed illegittimo affidamento con riferimento a rapporti di concessione demaniale sorti in epoca antecedente rispetto alla data di adozione della direttiva Bolkestein. e). Appare inoltre necessario che una normativa nazionale stabilisca regole specifiche ed uniformi, anche al fine di evitare disparità di trattamento, relativamente all'espletamento delle gare ad evidenza pubblica, non apparendo applicabile alla fattispecie la normativa prevista in materia di appalti, bensì quella prevista dal codice della navigazione. f). Ad evidenziare il fatto che il provvedimento di diniego della proroga prevista dalla legge nazionale da parte del dirigente comunale costituisca un mero atto illegittimo e che lo stesso non possa integrare in alcun modo una attuazione della Bolkestein, sarebbe sufficiente il considerare che il diniego di proroga delle concessioni sul territorio nazionale a “ macchia di leopardo ” non eviterà l'imminente ed altamente probabile avvio della procedura di infrazione nei confronti dell'Italia, che resterà inadempiente in assenza dell'approvazione della normativa di riordino della materia e di attuazione della direttiva. g). Al fine di assicurare ottemperanza alla direttiva e di scongiurare l'avvio della procedura di infrazione, che costituisce la naturale conseguenza della richiesta di chiarimenti rivolta allo Stato Italiano dalla Commissione Europea, occorrerebbe la tempestiva approvazione di una normativa che preveda, oltre ad una preliminare proroga tecnica delle concessioni in atto per almeno un triennio, regole uniformi per l'intero territorio nazionale che stabiliscano – per le nuove concessioni da attribuirsi a seguito di gara ad evidenza pubblica: 1) la durata delle stesse (che dovrà essere tale da garantire l'ammortamento degli investimenti effettuati); 2) la composizione delle commissioni di gara; 3) i requisiti soggettivi e oggettivi di partecipazione; 4) le forme di pubblicità (anche a tutela degli interessi transfrontalieri); 5) i criteri di selezione (atteso che la giurisprudenza amministrativa ha già evidenziato l'illegittimità del riferimento normativo al codice degli appalti, dovendosi avere a parametro il Codice della Navigazione); In tal senso la recente sentenza del Consiglio di Stato Sezione V 9.12.2020 N. 7837 6) la modifica delle norme del Codice della Navigazione in tema di indennizzo; 7) la previsione di un procedimento amministrativo che consenta di quantificare, in contraddittorio e secondo regole certe, il relativo importo per ciascuna concessione; 8) la previsione di norme a tutela del legittimo affidamento per rapporti concessori sorti in epoca precedente alla data di adozione della direttiva servizi. In sede di normativa di riordino del settore, sarebbe peraltro auspicabile prevedere il necessario ed inscindibile collegamento tra concessione e titolo edilizio, abbandonando – anche sul piano delle competenze – il doppio e parallelo

Le cinque sentenze sono relative agli stabilimenti balneari Lido Pachamama e Lido Pevero Beach SoleLuna, PolePole e Maluha Bay. Il Tar Puglia- sez. Lecce ha accolto i ricorsi proposti dagli imprenditori³⁴ balneari contro le determinate con cui il Comune di Lecce da un lato aveva rigettato la domanda di proroga di 15 anni delle loro concessioni demaniali marittime, e dall'altro aveva proposto ai concessionari di aderire a una "proroga tecnica" di tre anni oppure, in alternativa, di perdere il diritto a utilizzare i beni in concessione già a partire dal 1° gennaio 2021.

In assenza di altre norme, secondo il Tar Puglia- sez. Lecce, prevale la legge nazionale ad oggi valida e in vigore, che dispone l'estensione al 2033 delle concessioni demaniali marittime.

procedimento e prevedendo una autorizzazione integrata demaniale con valenza edilizia e paesaggistica. Tutto quanto sopra del resto è perfettamente noto da tempo, atteso che – in disparte il D.Lgs. 59/2010 (che già conteneva delega al governo per il riordino della materia), in data 26 ottobre 2017 la Camera dei Deputati aveva approvato il disegno di legge A.C. 4302-A (presentato in data 15/2/2017), recante delega al governo alla revisione e al riordino della normativa relativa alle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali ad uso turistico ricreativo nel rispetto della normativa europea, prevedendo all'art.1 comma 2 l'intervento di decreti legislativi di attuazione; in tale disegno di legge si prevedeva, tra l'altro, il riconoscimento del principio del legittimo affidamento, un periodo transitorio per le concessioni rilasciate entro il 31/12/2009, la previsione di indennizzo e la articolazione a tal fine delle aree demaniali in tre fasce a seconda della loro valenza turistica, la previsione di criteri di premialità per i concessionari virtuosi, il miglioramento dell'offerta turistica, altro). Occorre del resto ricordare che anche la CGUE non ha mai affermato la natura selfexecuting della direttiva Bolkestein, atteso che la natura vincolante della direttiva nulla a che vedere con l'autoesecutività o immediata e diretta applicabilità. Per tutte le considerazioni che precedono deve pertanto ritenersi la natura non esecutiva della direttiva servizi e la conseguente necessità di una legge attuativa, legge attuativa peraltro intervenuta in tutti gli altri paesi dell'unione europea.

³⁴ L'esercizio dell'attività turistica da parte dell'impresa balneare italiana assume una connotazione propria ed originale nell'articolato panorama delle imprese impegnate nel settore del turismo.

L'impresa balneare svolge un'attività economica nell'interesse della collettività ma rimane una realtà complessa in attesa di una definizione legislativa specifica. Ciò soprattutto con riguardo al limite della stagionalità dell'attività e al funzionamento del controverso sistema italiano delle concessioni delle spiagge, ovvero alla regolamentazione del rapporto concessorio relativo alla particolare tipologia di un bene pubblico. [...] Cfr. S. Zunarelli – N. Carnimeo, *L'impresa balneare sul demanio marittimo*, Cacucci Editore- Bari 2019, pp. 121 ss.

Con le sentenze su menzionate, il Giudice si è conformato ad un orientamento precedente dello stesso Tribunale Amministrativo (sent. T.A.R. Puglia, Sez. Lecce 1321/2020) alla luce del quale “*Secondo i principi generali, applicativi delle norme del trattato, a differenza di quanto previsto per i regolamenti U.E. (aventi diretta ed immediata efficacia vincolante), le direttive richiedono di regola il recepimento nell’ordinamento interno a mezzo di apposita legge nazionale (art. 249 del Trattato), in quanto obbligano lo Stato al conseguimento di un determinato risultato, lasciando tuttavia allo Stato medesimo di determinare autonomamente e liberamente gli strumenti e le norme necessari per il raggiungimento del fine, prevedendo all’uopo un congruo termine per l’adeguamento.*”

Fanno eccezione le direttive c.d. auto-esecutive, per le quali appunto la giurisprudenza eurounionale ha previsto l’immediata efficacia nell’ordinamento interno per il caso di inutile decorso del termine assegnato allo Stato nazionale, ma sempre limitatamente a quelle statuizioni che risultino compiutamente definite e prive di condizione alcuna. Occorre a questo punto considerare l’esatta collocazione delle c.d. direttive autoesecutive nella scala di gerarchia delle fonti del diritto. Secondo la tesi largamente prevalente, la direttiva autoesecutiva al pari dei regolamenti, deve ritenersi come avente natura di legge ordinaria, ancorché rafforzata, atteso che la circostanza che la legge nazionale non possa derogarvi non ne modifica la sostanziale natura e forza di legge (in quanto tale idonea a determinare una regolazione - nell’ambito dello stato membro - dei rapporti tra i cittadini). La direttiva autoesecutiva, decorso il termine di moratoria e sempre limitatamente alle specifiche statuizioni compiute e dettagliate, ovvero quelle disposizioni che prevedano direttamente specifici obblighi o adempimenti e che non richiedano soprattutto l’esercizio di alcuna discrezionalità da parte del legislatore nazionale (C. G. U.E 25.5.93 causa 193/91), non richiede alcuna norma nazionale di recepimento, trovando immediata applicazione, con conseguente obbligo del giudice di disapplicazione della normativa nazionale con essa confliggente.”³⁵

Fatta questa premessa, il Tar Puglia-sez. Lecce ha considerato la direttiva Bolkestein non autoesecutiva e, pertanto, trattandosi di una fonte giuridica che non trova diretta e immediata applicazione nello Stato membro, la stessa non può prevaricare quanto sostenuto dal legislatore italiano il quale, con la legge n. 145/2018, ha prorogato i titoli concessori in scadenza al 31 dicembre 2020 per ulteriori 15 anni.

³⁵ Vedi TAR Lecce - sentenza n. 1321/2020 del 27.11. 2020

Nonostante ciò, il giudice non ha negato l'incompatibilità dell'estensione al 2033 con il diritto europeo tuttavia, ha riconosciuto comunque la validità della norma in vigore; secondo il suddetto Tribunale Amministrativo Regionale il funzionario comunale non ha la facoltà di disapplicare la legge n. 145/2018 in quanto non vi è alcun'altra norma applicabile al caso concreto, non essendo, appunto, la direttiva Bolkestein autoesecutiva.

L'unica possibilità di risolvere il caos normativo è rimessa allo Stato italiano che dovrebbe provvedere ad una *«tempestiva approvazione di una normativa che preveda, oltre a una preliminare proroga tecnica delle concessioni in atto per almeno un triennio, regole uniformi per l'intero territorio nazionale che stabiliscano, per le nuove concessioni da attribuirsi a seguito di gara a evidenza pubblica: a) la durata delle stesse (che dovrà essere tale da garantire l'ammortamento degli investimenti effettuati); 2) la composizione delle commissioni di gara; 3) i requisiti soggettivi e oggettivi di partecipazione; 4) le forme di pubblicità (anche a tutela degli interessi transfrontalieri); 5) i criteri di selezione; 6) la modifica delle norme del Codice della navigazione in tema di indennizzo; 7) la previsione di un procedimento amministrativo che consenta di quantificare, in contraddittorio e secondo regole certe, il relativo importo per ciascuna concessione; 8) la previsione di norme a tutela del legittimo affidamento per rapporti concessori sorti in epoca precedente alla data di adozione della direttiva servizi»*.

Alla luce delle siffatte argomentazioni, secondo il giudice, *«appare evidente, proprio in ragione della caotica situazione in atto (caratterizzata da un dilagante aumento del contenzioso avviato dai titolari di concessioni demaniali e financo dall'Antitrust), che l'attuazione della direttiva Bolkestein nella specifica materia non possa che realizzarsi attraverso la previa approvazione di una preliminare normativa che preveda l'immediata revoca – ancorché temporanea – della delega originariamente attribuita alle regioni e poi ai comuni per la gestione delle attività amministrative connesse alle concessioni demaniali in questione, e ciò al fine di pervenire a una disciplina unitaria e coerente idonea a evitare ingiustificata disparità di trattamento da comune a comune e al fine di arginare l'inevitabile proliferare del contenzioso»*.

In senso totalmente opposto, invece, la sentenza del T.A.R. Roma, (Lazio) sez. II, 15/01/2021, n.616.

La questione nasce a causa di un ricorso da parte di una titolare di una concessione demaniale marittima con finalità turistiche n. 9 dell'11-3-2004

rilasciata dal Comune di Roma per la durata di sei anni, con validità dal 1-1-2002 al 31-12-2007.

La ricorrente, con provvedimento n. 7 dell'8-4-2009 aveva ottenuto il rinnovo del titolo concessorio dal 1-1-2008 al 31-12-2013. Con un successivo provvedimento n. 846 del 24-3-2014 ha beneficiato di una nuova proroga del titolo fino al 31-12-2020 disposta ai sensi dell'art. 34-duodecies del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. dalla legge del 17 dicembre 2012, n. 221. In concomitanza del rinnovo sino al 2020 aveva, con istanza del 27-7-2015, richiesto, ai sensi del comma 4-bis dell'art. 03, comma 4-bis, d.l. n. 400 del 1993, conv. con modificazioni, dalla l. n. 494 del 1993 (come successivamente modificata), aggiunto dal comma 253 dell'art. 1, legge 27 dicembre 2006, n. 29603, all'amministrazione concedente la rideterminazione della durata della concessione per un periodo di ulteriori venti anni a far data dal rilascio del titolo pluriennale, assumendosi l'impegno di valorizzare il bene in concessione e di realizzare opere di interesse pubblico.

In tal caso, tuttavia, con provvedimento n. 134514 del 16-11-2015, l'amministrazione respingeva la domanda del 24-7-2015 richiamando in proposito la disciplina europea recata dall'art. 12 della direttiva 123/2006 (c.d. direttiva Servizi), nonché il disposto normativo dell'art. 53-bis, comma 3, della l.r. 6-8-2007, n. 17, introdotto dall'art. 5 della l.r. 26-6-2015, n. 8, ai sensi del quale *"i comuni sono tenuti ad attivare procedure di evidenza pubblica ai fini del rilascio di nuove concessioni, nonché nei casi di affidamento ad altri soggetti delle attività oggetto della concessione e di subingresso ai sensi, rispettivamente, degli articoli 45-bis e 46 del codice della navigazione e successive modifiche"* e quello dell'art. 47 della predetta l.r. n. 17-2007, modificato sempre dalla l.r. n. 8-2018, ai sensi del quale *"la durata delle concessioni demaniali marittime per finalità turistiche e ricreative è stabilita in conformità alla normativa statale vigente in materia"*.

Il Tar Roma, pronunciandosi sul ricorso presentato dalla titolare della concessione demaniale marittima, ha totalmente disatteso l'orientamento del Tar Lecce avvicinandosi, al più, alla posizione europea.

Invero, ha così statuito: *"La concessione demaniale marittima per finalità turistiche può essere qualificata come "autorizzazione" ai sensi delle disposizioni della Direttiva europea n. 2006/123, in quanto costituisce un "atto formale", nei termini precisati dal diritto europeo, che il prestatore deve ottenere dall'autorità concedente per poter esercitare l'attività economica. La sua proroga ex lege disposta ai sensi dell'art. 3, comma 4 bis, d.l. n. 400/1993 dalla data di scadenza delle autorizzazioni si pone in contrasto con la disciplina*

dell'art. 12, paragrafo 2, della citata Direttiva n. 2006/123, che prevede al comma 1, nei casi in cui il numero di autorizzazioni disponibili per una data attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, l'avvio di una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e, al comma 2, il rilascio dell'autorizzazione per una durata limitata adeguata e l'impossibilità di procedere ad un rinnovo automatico della stessa”.

Il caos giurisprudenziale è evidente. Le due sentenze citate sono solo le più recenti ma evocano una situazione fortemente contrastante che necessita una pronta e chiara risoluzione.

5. Conclusioni

La Commissione europea, in data 3 dicembre 2020, ha inviato una lettera di messa in mora³⁶ per l'Italia riguardante l'estensione quindicennale delle concessioni marittimo-demaniali, istituita dalla legge n. 145/2018.

³⁶ “Gli Stati membri sono tenuti a garantire che le autorizzazioni, il cui numero è limitato per via della scarsità delle risorse naturali (ad esempio le spiagge), siano rilasciate per un periodo limitato e mediante una procedura di selezione aperta, pubblica e basata su criteri non discriminatori, trasparenti e oggettivi. L'obiettivo è fornire a tutti i prestatori di servizi interessati - attuali e futuri - la possibilità di competere per l'accesso a tali risorse limitate, di promuovere l'innovazione e la concorrenza leale e offrire vantaggi ai consumatori e alle imprese, proteggendo nel contempo i cittadini dal rischio di monopolizzazione di tali risorse. In una sentenza del 14 luglio 2016 emessa a seguito di un rinvio pregiudiziale del Tribunale amministrativo regionale della Lombardia (cause riunite [C-458/14](#) e [C-67/15](#)), la Corte di giustizia dell'Unione europea ha stabilito che la normativa pertinente e la pratica esistente a quel tempo in Italia di prorogare automaticamente le autorizzazioni vigenti delle concessioni balneari erano incompatibili con il diritto dell'Unione. L'Italia non ha attuato la sentenza della Corte. Inoltre l'Italia da allora ha prorogato ulteriormente le autorizzazioni vigenti fino alla fine del 2033 e ha vietato alle autorità locali di avviare o proseguire procedimenti pubblici di selezione per l'assegnazione di concessioni, che altrimenti sarebbero scadute, violando il diritto dell'Unione. La Commissione ritiene che la normativa italiana, oltre a essere incompatibile con il diritto dell'UE, sia in contrasto con la sostanza della sentenza della CGUE sopra menzionata e crei incertezza giuridica per i servizi turistici balneari, scoraggi gli investimenti in un settore fondamentale per l'economia italiana e già duramente colpito dalla pandemia di coronavirus, causando nel contempo una perdita di reddito potenzialmente significativa per le autorità locali italiane. L'Italia dispone ora di 2 mesi per rispondere alle argomentazioni sollevate dalla Commissione, trascorsi i quali la Commissione potrà decidere di inviare un parere motivato.”

(sul punto: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/inf_20_2142)

Di fronte ad una siffatta situazione, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), nella segnalazione n. 3940 del 1° luglio 2020³⁷, ha espresso forti criticità circa il successivo decreto legge n.34/2020 (cd "Decreto rilancio") in merito alle disposizioni che attengono il regime delle concessioni demaniali marittime in scadenza. Invero, l'Agcm ritiene che le proroghe attuate dallo stato italiano, non fanno che porsi in forte contrasto con il mercato, impedendone la concorrenza attraverso le normali procedure ad evidenza pubblica.

L'autorità, dunque, ha provveduto ad adottare atti di diffida all'impugnazione di provvedimenti dei Comuni (delibere e determinazioni) volti a dare attuazione alle disposizioni della legge n. 145/2018. Emerge, ad ogni modo, un'importante considerazione: da tali provvedimenti (di tipo amministrativo) non deriva un effetto obbligatorio per i Comuni di necessaria conformazione agli stessi con l'ovvia conseguenza per cui, come evidenziato dal Tar Lecce con le citate sentenze n. 1321 e 1322/2020, a essi non è attribuita la prerogativa di poter disapplicare le norme di legge in conflitto con altra norma di rango superiore, istituto che invece è tipico nell'azione dei giudici.

La questione rimane comunque aperta ed ha indotto le amministrazioni locali a comportamenti difformi sull'applicazione della legge 145/2018.

Da ultimo, infatti, è opportuno citare la recentissima sentenza (C.d.s, IV sez. n. 1416 del 16 febbraio 2021) con la quale il Consiglio di Stato ha reso ulteriori importanti chiarimenti sulla direttiva Bolkestein, è stato infatti chiamato a decidere circa una sentenza del Tar Puglia che, conseguentemente al mancato rilascio di una concessione demaniale da parte di un comune pugliese, aveva ritenuto che il rilascio stesso della concessione demaniale doveva essere preceduto da idonea procedura a evidenza pubblica.

³⁷ L'Autorità [...] auspica, nell'interesse del mercato, che il legislatore effettui un attento bilanciamento tra i benefici di breve periodo e i possibili costi che si potrebbero manifestare in un orizzonte temporale più ampio. Tali proroghe infatti rinviando ulteriormente il confronto competitivo per il mercato, così impedendo di cogliere i benefici che deriverebbero dalla periodica concorrenza per l'affidamento attraverso procedure ad evidenza pubblica. Provvedimenti tesi a posticipare il confronto concorrenziale dovrebbero, quindi, essere rigorosamente temporanei e direttamente funzionali al superamento dell'emergenza. Eventuali proroghe degli affidamenti non dovrebbero comunque eccedere le reali esigenze delle amministrazioni, per consentire quanto prima il ricorso a strumenti idonei a favorire un utilizzo efficiente delle risorse pubbliche. (sul punto:https://www.agcm.it/S3940_segna1azione%20ex%20art.%2021.pdf)

Secondo il Consiglio di Stato la circostanza per cui l'originario provvedimento di diniego non richiamava espressamente, a suo fondamento, la necessità di un preventivo esperimento di procedura selettiva, non è dirimente. In base alla normativa regionale pugliese, infatti, il rilascio e la variazione della concessione demaniale marittima devono comunque avvenire nel rispetto dei principi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia (nonché dalla Corte di giustizia europea con sentenza 14 luglio 2016, cause C-458/14 e C-67/15). Il riferimento va all'art. 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE e all'art. 49 TFUE, relativi ai servizi nel mercato interno. Il Consiglio di Stato ha dunque ribadito *«l'invalidità di norme nazionali che prevedano proroghe automatiche in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati»*. In definitiva, il mancato ricorso a procedure di selezione aperta, pubblica e trasparente determina un ostacolo all'ingresso di nuovi soggetti nel mercato, ostacolo ingiustificabile alla luce dei principi di derivazione europea applicabili in materia di concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative.

La spiaggia, bene pubblico demaniale³⁸ (art. 822 c.c.) inalienabile e impossibilitato a formare oggetto di diritti a favore di terzi (art. 823 c.c.), presenta

³⁸ Sono i beni che appartengono a un ente pubblico territoriale e che rientrano tra quelli indicati negli artt. 822 e 824 c.c., nonché i beni ad essi assimilabili.

Inoltre, sono demaniali tutti i beni che leggi speciali assoggettano al particolare regime giuridico del demanio.

Sono demaniali, pertanto, tutti quei beni che, per natura o per espressa disposizione di legge, servono a soddisfare bisogni collettivi in modo diretto; per tale ragione vengono sottoposti a speciali vincoli.

Sono sempre beni immobili o universalità di beni mobili e devono appartenere ad enti pubblici territoriali (Stato, Regioni, Province, Comuni).

È possibile distinguere il demanio necessario da quello accidentale (o eventuale). Nel primo sono ricompresi tutti quei beni che non possono che appartenere allo Stato o ad altri enti pubblici territoriali. Rientrano in tale categoria il demanio marittimo, il demanio idrico e il demanio militare.

Il demanio accidentale, invece, annovera tutti i beni che possono anche non essere demaniali e che sono tali solo se appartenenti ad uno degli enti suddetti. Appartengono a questa categoria: il demanio stradale, il demanio ferroviario, il demanio aeronautico, gli acquedotti ed, infine, il demanio storico, archeologico, artistico e culturale.

È altresì doveroso specificare che accanto al demanio necessario e a quello accidentale si individua il demanio regionale (sorto con la costituzione delle Regioni) ed il demanio comunale specifico (comprendente i cimiteri ed i mercati di proprietà del Comune). Tuttavia in proposito va segnalato che nell'art. 119 Cost. (così come novellato dalla L. cost. 3/2001) non si parla più di demanio con riferimento agli enti territoriali bensì di patrimonio riconosciuto a Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni.

beni che fanno parte del demanio pubblico:

a) sono inalienabili: qualsiasi atto di trasferimento è nullo (art. 823 c.c.).

i caratteri della limitatezza nel numero e nell'estensione e di possibilità di sfruttamento economico. Questo giustifica il ricorso a procedure "di gara" per l'assegnazione delle concessioni e ciò determina, secondo il Consiglio di Stato, anche che «*qualsivoglia normativa nazionale o regionale deve in materia ispirarsi alle regole della Unione europea sulla indizione delle gare* (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 13 aprile 2017, n. 1763), *stante l'efficacia diretta nell'ordinamento interno degli Stati membri delle pronunce della Corte*» (sentenza del 14 luglio 2016, cause C-458/14 e C-67/15).

Alla luce dei predetti orientamenti e contrasti giurisprudenziali in atto è doverosa una considerazione.

È sicuramente vero che l'intento del legislatore nazionale (con il cd Decreto rilancio)- che ha permesso l'ulteriore proroga delle concessioni demaniali al 2033- si inserisce nel novero di una situazione di per sé già molto complessa, per effetto dell'emergenza pandemica da COVID-19, costituente una ragione "di sanità e di salute pubblica" e "di salute e sicurezza dei lavoratori dipendenti e autonomi" tale da poter rappresentare un motivo imperativo di interesse generale (v. considerando 56 e l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE c.d. "Bolkestein"; art. 16 del decreto legislativo 26 marzo 2010 n. 59; il punto 53 della "sentenza Promoimpresa" della CGUE del 14 luglio 2016). Tuttavia, non si può fare a meno di considerare che una **previsione normativa** di questa portata si pone, ancora una volta, quanto meno formalmente, **in contrasto con l'ordinamento europeo** ed avendo l'Italia, con l'adesione all'Unione Europea, aderito anche ad una serie di principi necessari per garantire coesione all'interno dell'Unione stessa, è facile pensare che tale comportamento non possa non essere fortemente violativo del mercato unico e della libera circolazione di mezzi e servizi.

Essi possono essere trasferiti dal demanio di un ente pubblico territoriale ad un altro ente pubblico territoriale, a condizione che la loro appartenenza a un ente specifico non abbia carattere di stretta necessità e il trasferimento non pregiudichi la demanialità dei beni;

- b) non sono suscettibili di acquisto a titolo originario per usucapione da parte di altri soggetti, in quanto non possono formare oggetto di diritti di terzi, se non nei modi e limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano (artt. 823 e 1145 c.c.);
- c) il diritto di proprietà pubblica dell'ente è imprescrittibile;
- d) sono insuscettibili di espropriazione forzata.

Cfr. Nuovi Dizionari on line Simone,
[https://www.simone.it/newdiz/newdiz.php?action=view&id=157&dizionario=1#:~:text=\(%E2%80%94\)%20demaniali%20\(d,i%20beni%20ad%20essi%20assimilabili](https://www.simone.it/newdiz/newdiz.php?action=view&id=157&dizionario=1#:~:text=(%E2%80%94)%20demaniali%20(d,i%20beni%20ad%20essi%20assimilabili).

Invero, all'interrogazione Parlamentare del 3 febbraio 2021 Thierry Breton, a nome della Commissione Europea ha risposto in questo modo: “*Le norme italiane attuali compromettono la certezza del diritto per i servizi turistici balneari e scoraggiano gli investimenti, la modernizzazione e la concorrenza in un settore fondamentale per l'economia italiana e già colpito dalla pandemia di coronavirus, causando nel contempo una perdita di reddito potenzialmente significativa per le autorità locali italiane.*”³⁹

È evidente che la vicenda, sicuramente, non si concluderà nel breve termine. Si auspica, comunque, una pronta risoluzione della stessa, soprattutto in considerazione dell'emergenza Covid-19 che ha colpito e continua a colpire fortemente l'economia nazionale.

BIBLIOGRAFÍA

Alvar, Carlos y José Manuel Lucía Megías (2002), *Diccionario filológico de literatura medieval española*, Madrid, Castalia.

Cervantes, Miguel de (1998), *Don Quijote de la Mancha*, ed. Francisco Rico, Barcelona, Instituto Cervantes y Editorial Crítica.

Gómez Canseco, Luis y Sevilla Arroyo, Florencio (2006), “Apostillas y enmiendas a la edición de *El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha* de Alonso Fernández de Avellaneda”, en *Etiópicas*, 2, pp. 8-14, http://www.uhu.es/revista.etiopicas/num/02/art_2_2.pdf (3-2-2014).

Lapesa, Rafael (1971), “Sobre Juan de Lucena: escritos suyos mal conocidos o inéditos”, en *De la Edad Media a nuestros días. Estudios de Historia literaria*, Madrid, Gredos, pp. 123-144.

Marasso, Arturo (1954), *Cervantes. La invención del Quijote*, Buenos Aires, Librería Hachette.

Navarro Durán, Rosa (2003), “*Lazarillo de Tormes*” y las lecturas de *Alfonso de Valdés*, Cuenca, Diputación Provincial de Cuenca.

³⁹ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/P-9-2020-006688-ASW_IT.html

Navarro Durán, Rosa (2006a), “Un nuevo ámbito para *La vida de Lazarillo de Tormes*”, *Estudis Romànics*, 28, pp. 179-197.

Navarro Durán, Rosa (2006b), “Más datos sobre la fecha de escritura del *Buscón*”, *La Perinola*, 10, pp. 195-208.

Navarro Durán, Rosa (2009), “Acerca del verbo brincar, de una pantera con alas y otros casos: problemas en la edición de textos picarescos”, *Edad de Oro*, 28, pp. 249-268.

Pontano, Giovanni (2004), *Diálogo de Carón*, trad. y proemio de M^a José Vega Ramos, Salamanca, SEMYR.

Rumeau, Aristide (1993), “Essai d’attribution”, en Augustin Redondo (ed.), *Travaux sur le “Lazarillo de Tormes”*, Paris, Éditions Hispaniques, pp. 187-200.

Tirante el Blanco (1974), versión castellana impresa en Valladolid en 1511 de la obra de Joanot Martorell y Martí Joan de Galba, ed. Martín de Riquer, Madrid, Espasa-Calpe.

Virgilio (2008), *Eneida*, trad. de Javier de Echave-Sustaeta, Barcelona, RBA.