

**CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME:
POSSIBILI CRITICITÀ *POST* ADUNANZA PLENARIA**

Roberto Colucciello *

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La direttiva Bolkestein – 3. I procedimenti di gara – 4. La risposta italiana alla procedura di infrazione europea – 5. Pronunce Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nn. 17/18 del 9 novembre 2021 e ricorso per difetto di attribuzione – 6. Possibili scenari post dicembre 2023 – 6.1. Applicabilità dell'art. 1161 cod. nav. – 6.2. Applicabilità dell'art. 49 cod. nav. – 7. Conclusioni

1. – Dalla disamina di un noto intervento eurounitario, ovvero la direttiva Bolkestein, sono emerse, all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, e non solo, evidenti criticità legate all'utilizzo del demanio, in particolar modo al sistema di affidamento delle concessioni demaniali che, con il suo vetusto diritto di insistenza e di rinnovo automatico, poneva precisamente problemi di compatibilità con il principio comunitario della libertà di concorrenza.

La discendente necessità circa l'applicazione di una procedura di evidenza pubblica nell'attribuzione di beni pubblici dà il via alla complessa e ancora irrisolta questione dell'estensione della durata delle concessioni demaniali marittime a uso turistico-ricreativo, dunque al fine di ricostruire una tanto articolata vicenda, se ne ripercorrono le principali tappe normative, a partire dal 2006, anno di emanazione della direttiva Bolkestein che inizia a far vacillare lo *status quo*, dell'allora consolidato sistema italiano di affidamento delle concessioni demaniali marittime, costellato di interventi aventi rango legislativo non in linea con la stessa.

Dal commento dell'ultimo di tali interventi normativi, la L. n. 145/2018, che non ha di fatto mai condotto a un'effettiva riforma del settore delle concessioni demaniali ma piuttosto, considerata la lunga proroga prevista, si è maggiormente posto come ostacolo al dinamismo concorrenziale, emerge l'ennesimo contrasto con l'ordinamento eurounitario, risolto con la disapplicazione della normativa interna contrastante.

* Ufficiale del Corpo delle Capitanerie di Porto.



Si arriva, quindi, alla pronuncia dell'Adunanza Plenaria con cui, asserendo quanto già sopra esposto, in mancanza di un intervento del legislatore nazionale, stabilisce la cessazione delle concessioni demaniali a partire dall'1 gennaio 2024; tuttavia la questione, recentemente sottoposta alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea dal TAR di Lecce, è stata recepita con L. n. 188/2022, lasciando sostanzialmente irrisolta la situazione, in quanto rinviata a decreti delegati da emanare successivamente.

2. – Nel 1957, tra i principali target dell'allora Comunità Economica Europea c'era la realizzazione, conclusasi il 1 gennaio 1993, di un mercato interno, ossia la libera circolazione di merci, servizi, persone e capitali fra i vari Paesi membri.

In particolare la libera circolazione dei servizi¹, ovvero la libertà di stabilire un'attività, offrire e ricevere servizi in altri Paesi dell'Unione, viene regolamentata nel 2006 dalla direttiva dell'Unione Europea 2006/123/CE, nota come “direttiva Bolkestein”² o “direttiva servizi” che si propone come “una direttiva-quadro che pone poche regole generali, lasciando ad ogni singolo Stato membro la libertà di decidere al meglio l'applicazione dei principi comunitari da essa indicati in raffronto delle differenti esigenze che le realtà nazionali esprimono”³.

Il principio ispiratore di tale direttiva è la famosa sentenza *Cassis de Dijon* risalente al 1979, in base alla quale se un qualsivoglia bene viene prodotto e distribuito in uno Stato europeo, ciò in forza di un dettato normativo, gli altri Stati aderenti sono impossibilitati a limitare la circolazione, ma eventualmente, secondo un principio di mutua fiducia, presupporre eventualmente la sua conformità.

¹ I principi fondamentali che disciplinano il mercato unico dei servizi sono: la libertà di stabilimento (art. 49 TFUE) e quindi la libertà di costituire una società in un altro paese dell'UE, alle medesime condizioni presenti nella legislazione dello Stato aderente relative al diritto di stabilimento dei propri cittadini e la libera prestazione dei servizi (art. 56 TFUE) ovvero la libertà di prestare o ricevere servizi in un paese dell'UE diverso da quello in cui è stabilita la società o il consumatore, alle medesime condizioni previste dallo Stato interessato ai propri cittadini.

² Prende il nome dall'olandese Frits Bolkestein, commissario europeo per la Concorrenza ed il Mercato Interno della Commissione guidata da Romano Prodi.

³ P. Perrone, *Concessioni demaniali marittime nella nuova prospettiva all'interno dell'Unione Europea*, Padova, Primiceri Editore, 2019, 7.

Obiettivo della direttiva è quello di “eliminare gli ostacoli alla libertà di stabilimento dei prestatori negli Stati membri e alla libera circolazione dei servizi tra Stati membri”.

Il campo di applicazione della direttiva comprende qualsivoglia servizio prestato dietro corrispettivo economico dai soggetti stabiliti nel territorio dell'Unione Europea.

Sostanzialmente la direttiva incentiva la semplificazione amministrativa, imponendo oltre di eliminare gli ostacoli giuridici e amministrativi allo sviluppo del settore dei servizi, di creare degli sportelli unici per rendere possibile l'espletamento delle procedure e delle formalità necessarie all'esercizio dell'attività.

I Paesi sono altresì obbligati a introdurre procedure di selezione del tutto trasparenti e imparziali, e ciò allorché il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività risulti limitato a causa delle risorse naturali a dir poco scarse, nonché delle capacità tecniche utilizzate.

Le linee di intervento della direttiva che miravano a garantire i principi di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, mediante la previsione di procedure di concorso tra i soggetti interessati a un utilizzo economico delle risorse.

Quindi la Commissione dell'Unione Europea, ritenendo le disposizioni della direttiva, in particolare all'art. 12, del tutto incompatibili con il cosiddetto diritto di insistenza ex art. 37, comma 2, del Codice della Navigazione e con il rinnovo automatico delle concessioni in scadenza, apriva nei confronti dell'Italia una prima procedura di infrazione nel 2008, seguita da una seconda nel 2009.

Il Governo italiano, come già visto, rispondeva dapprima con l'abrogazione del diritto di insistenza (art. 1, comma 18, d.l. 30 dicembre 2009, n. 194) ma prevedeva una proroga della durata delle concessioni in essere sino al 31 dicembre 2015.

In seguito, il nostro paese recepiva la direttiva mediante il decreto legislativo 26/03/2010 n. 59, recante “Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno”⁴, nel 2012 (con l'art. 34-duodecies del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179) operava una seconda proroga delle concessioni demaniali fino al 31 dicembre 2020.

⁴ Nel 2012 è stato emanato il d.lgs. 6 agosto 2012 n. 147 recate disposizioni integrative e correttive del d.lgs. 59/2010.

Dunque, nell'ambito del sistema italiano di affidamento dei titoli concessori, si era sempre posto un problema di compatibilità con il principio comunitario della libertà di concorrenza, e difatti i primi problemi di natura interpretativa emersero, nemmeno a farlo apposta, con la direttiva Bolkestein.

La politica europea di tutela della concorrenza mira infatti a garantire che le imprese competano in modo leale e in condizioni di parità nel mercato interno europeo, mirando all'eliminazione di ogni barriera ostativa all'ingresso di nuovi operatori nel mercato⁵ e stimolando dunque al contempo gli operatori a migliorare la qualità dei beni e dei servizi offerti.

La Bolkestein lascia agli Stati membri la decisione su come meglio applicare i principi da essa enunciati; è il legislatore a dover creare le condizioni per mettere a gara le concessioni, identificando criteri equi di selezione, la durata e il valore.

Lo Stato italiano, nel tentativo di far conciliare il quadro comunitario con la normativa nazionale per l'attuazione della direttiva Bolkestein, è intervenuto con una serie di provvedimenti che però molto spesso hanno solo tamponato la situazione onde evitare di incorrere in ulteriori sanzioni comunitarie sul mancato e intempestivo recepimento delle direttive normative comunitarie. L'attività di produzione legislativa si è basata quasi esclusivamente sul mantenimento di regole e norme vigenti cui si sono aggiunte di volta in volta specificazioni comunque incapaci di porre un rimedio alla discordanza del diritto di insistenza e di rinnovo automatico.

Ai fini di questa trattazione, è rilevante indicare che anche in materia di titoli concessori sul demanio marittimo trovano applicazione diversi principi costituzionali e comunitari, tra i quali è d'uopo citare quello di non discriminazione, di par condicio, di imparzialità e trasparenza, di libera circolazione dei servizi, in quanto tali principi sono applicabili anche a materie diverse dagli appalti, caratterizzate da attività suscettibili di interesse economico⁶. Dunque la disciplina delle concessioni demaniali marittime e della loro durata, caratterizzata da ampia discrezionalità, si è dovuta confrontare con le disposizioni di diritto comunitario e quindi con la necessità di garantire trasparenza e parità di condizioni nelle procedure di rinnovo e rilascio di concessioni. Infatti, una volta venuto a scadenza il titolo, ovvero nel momento

⁵ P. Perrone, *op. cit.*, 35.

⁶ Cons. Stato, 21-5-2009, n. 6 in www.giustiziamministrativa.it.

in cui l'Amministrazione decide di affidare un bene demaniale prima non utilizzato, il rispetto dei principi comunitari impone che si espleti una gara, al fine di riconoscere ai soggetti interessati le stesse possibilità di natura concorrenziale rispetto al titolare di un titolo concessorio demaniale ormai scaduto e l'eliminazione di qualsivoglia elemento che avvantaggi aprioristicamente il precedente concessionario.

Quindi, qualora su un bene demaniale (come può essere la spiaggia) insista un provvedimento di natura amministrativa, ossia una concessione demaniale marittima, che immette un privato nella possibilità di trarre beneficio (di natura patrimoniale) da tale bene, la normativa eurounitaria stabilisce che all'assegnazione di tale titolo autorizzativo possano concorrere tutti i soggetti potenzialmente interessati. Ciò posto, l'assunto di cui sopra, è avvalorato ancora di più allorquando il bene oggetto di sfruttamento economico risulti essere, per sua natura, limitato e sussista al riguardo un interesse transfrontaliero preciso, pena il prodursi di un potenziale *vulnus* alla libertà di stabilimento⁷.

3. – Prima del recepimento della direttiva 2006/123/CE l'uso esclusivo di un bene pubblico ad un privato era attribuito dalla pubblica amministrazione senza lo svolgimento di un procedimento di evidenza pubblica, anzi veniva assicurato a questi un diritto di insistenza che consisteva in un diritto di prelazione sul bene nel caso di nuova scelta del concessionario alla scadenza del contratto.

Con la direttiva Bolkestein, come visto in precedenza, l'Unione Europea, in conformità ai principi di libertà di stabilimento e di concorrenza, sancisce la necessità che gli Stati membri applichino una procedura di selezione dei potenziali candidati all'attribuzione di beni pubblici che presenti garanzie di pubblicità, trasparenza e non discriminazione; ciò ha dapprima comportato la riforma dell'art. 37 del Codice della navigazione che assicurava il diritto di preferenza al precedente concessionario in caso di rinnovo e poi il succedersi di plurimi interventi legislativi di proroga delle concessioni in essere.

Dunque, in ogni caso di cessazione di una concessione già rilasciata, o di rilascio di un nuovo titolo per un'area prima non utilizzata occorre, in virtù

⁷ Risposta alla lettera di costituzione in mora ex art. 258 TFUE, 4 febbraio 2021, in <https://www.mondobalneare.com>

dei principi comunitari⁸, prevedere una procedura di confronto concorrenziale, tramite l'espletamento di una gara.

I principi di evidenza pubblica si applicano ai titoli concessori riferiti a beni pubblici aventi rilevanza economica, tra cui le concessioni, in quanto atte a fornire una situazione di lucro nei confronti di soggetti che operano all'interno di un libero mercato.

L'assenza di indizione di una procedura di evidenza pubblica favorirebbe il precedente concessionario determinando una disparità di trattamento tra operatori economici, in violazione dei principi della concorrenza.

Per il rilascio delle concessioni demaniali marittime la norma di riferimento è l'art. 36 del Codice della Navigazione, il quale, come già visto in precedenza, sancisce che l'amministrazione competente, "compatibilmente con le esigenze del pubblico uso, può concedere l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di beni demaniali e di zone di mare territoriale per un determinato periodo di tempo".

Subito dopo, l'art. 37, prevede, nel caso di plurime istanze di concessione, che venga prescelto l'istante che dia maggiori garanzie di proficua utilizzazione del bene e si proponga di avvalersi della concessione in modo tale che il suo utilizzo risponda ad un più rilevante interesse pubblico. Inoltre, l'art. 5 del Regolamento di esecuzione del Codice della navigazione, prevede la presentazione di apposita istanza da parte di coloro che intendano occupare per qualsiasi uso zone del demanio marittimo o del mare territoriale o pertinenze demaniali marittime.

Il medesimo regolamento all'art. 18 stabilisce poi il contenuto del provvedimento del capo del compartimento che ordina la pubblicazione della domanda, ossia un sunto della stessa, i limiti temporali della pubblicazione, l'invito a coloro che possono avere interessi a presentare eventuali osservazioni e che l'autorità decidente ha l'obbligo di valutare, dandone conto nella motivazione del provvedimento finale.

⁸ Sono principi di derivazione comunitaria, ad esempio, il principio di concorrenza, di trasparenza, parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità. Tra questi, il principio di trasparenza esige che le amministrazioni rendano pubblica la loro intenzione di assegnare una concessione demaniale, mediante forme di pubblicità che contengano le informazioni necessarie affinché gli aspiranti possano valutare il loro interesse a partecipare alla procedura. Il principio di parità di trattamento stabilisce che le amministrazioni devono garantire che la scelta possa cadere su un candidato e ciò in base a parametri prevalentemente di natura oggettiva.

Ovviamente, da quanto sopra descritto, emerge come la procedura di affidamento di un bene di natura demaniale abbia trovato, almeno sino ad oggi, la propria origine in una mera istanza di parte, fornendo ad altri eventuali cointeressati esclusivamente la possibilità di presentare osservazioni o eventuali domande concorrenti.

Il Consiglio di Stato⁹, nel pronunciarsi in merito alla disciplina di cui all'art. 18 della legge 28 gennaio 1994 n. 84 recante "Riordino della legislazione in materia portuale", ha sottolineato, tra le altre cose, l'impossibilità nel continuare ad accettare la circostanza che tutta la procedura parta dall'istanza dello stesso soggetto interessato al rilascio o al rinnovo della concessione demaniale, concedendo agli altri soggetti solo la possibilità di presentare osservazioni o eventuale domande concorrenti, e come tale schema sia da ritenere ormai superato e incompatibile con le esigenze del mercato del settore e del mondo produttivo.

Il c.d. avviso *ad opponendum* rappresenta un aspetto formale di pubblicità atto ad innescare eventuali opposizioni, dunque per contrastare e contrapporsi ad istanze altrui, pertanto non risulta concepibile che una qualsivoglia procedura di assegnazione della concessione debba originare solo dall'istanza dell'interessato, in totale assenza di una programmazione a monte che porti alla indizione in un bando e di una procedura di gara ad evidenza pubblica per l'attribuzione del bene in concessione.

Nella sua versione originaria, il comma 1 dell'art.18 della legge 84/94 stabilisce che sia il Ministero delle Infrastrutture, di concerto con quello dell'Economia, a stabilire con proprio decreto le modalità di affidamento delle concessioni, definendo in particolar modo la durata e le modalità di rinnovo, i poteri di vigilanza e controllo delle autorità concedenti e i limiti minimi dei canoni che i concessionari sono tenuti a versare.

Tuttavia, nonostante il sistema normativo nazionale abbia cercato di recepire i principi di derivazione comunitaria, "non sono state approvate normative che dettino modi e garanzie di indizione delle gare, modi e termini per l'esame delle offerte, criteri per la loro compilazione"¹⁰.

A livello nazionale restano fermi innanzitutto i criteri di valutazione contenuti nel già citato art. 37 del Codice della navigazione, mentre per quanto

⁹ Cons. Stato - Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, 27 giugno 2016, n. 1505.

¹⁰ M. Carlin, *Concessioni demaniali marittime e lacuali*, Milano, Key Editore, 2019, 217.

riguarda il contenuto delle domande il riferimento è agli artt. 5, 6 e 7 del Regolamento di esecuzione del Codice della navigazione. Gli artt. 11,12,13,14 e 15 del Regolamento sulla procedura di valutazione e l'acquisizione dei pareri e infine la disciplina della pubblicità delle domande e le garanzie di concorrenzialità sono trattate all'art. 18 dello stesso Regolamento.

A livello regionale la normativa invece ha, in alcuni casi, disciplinato in maniera più specifica le procedure di gara, dettando chiari criteri di valutazione e improntandole alla tutela della più ampia partecipazione¹¹, in altri ha piuttosto rimandato ai criteri generali individuando quindi criteri di valutazione abbastanza generici e non sempre idonei alla scelta da operare¹².

A dispetto di un sistema normativo che, con continue proroghe delle concessioni demaniali, ha di fatto seguito a rimandare l'applicazione della direttiva Bolkestein data la peculiarità della realtà balneare italiana, nel 2021, si è espressa l'Adunanza Plenaria¹³ riconoscendo la proroga delle concessioni solo fino al dicembre 2023, senza alcuna possibilità di proroga ulteriore. Il Consiglio di Stato riconosce l'indifferibile necessità di mettere le concessioni all'asta, meccanismo ritenuto alquanto prezioso per onde garantire ai cittadini una gestione dei beni demaniali costieri e una connessa offerta di servizi pubblici più efficiente e di migliore qualità, potendo contribuire in misura significativa alla crescita economica.

In previsione dunque dell'ormai prossima scadenza delle concessioni demaniali che dovranno essere riassegnate tramite gare pubbliche entro la fine del prossimo anno, l'assenza di chiare procedure di gara si fa oltremodo problematica.

4. – Come già visto sovente nel corso di questa trattazione, il passaggio dalla concezione statica a quella dinamica dei beni demaniali marittimi, che

¹¹ Riguardo agli interventi regionali, dovuti principalmente all'inerzia del legislatore nazionale, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 1 del 2019, ne denuncia il contrasto con l'art. 117, comma 2, lett. e) della Costituzione "in relazione alla competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza [...] dovendo essere pur sempre la legge statale a stabilire se tutelare il legittimo affidamento dei concessionari, in quali casi farlo, in quale misura e con quali forme".

¹² Criteri di valutazione generici non offrendo ai concorrenti la possibilità di calibrare le proprie proposte sulla base di criteri precisi, lasciano ampio potere discrezionale all'Amministrazione, il che non assicura parità di trattamento tra i concorrenti

¹³ Con le sentenze n. 17 e n. 18 del 9 novembre 2021 il Consiglio di Stato si è pronunciato sulle questioni della proroga delle concessioni balneari, rimesse all'Adunanza Plenaria con provvedimento del Presidente del Consiglio di Stato in data 24 maggio 2021.

iniziano dunque ad essere considerati occasioni di lucro, ha accresciuto l'interesse degli operatori economici verso questi; da ciò lo stimolo per il legislatore nazionale ad intervenire più volte sul tema della scadenza delle concessioni demaniali e del loro rinnovo.

Alla garanzia già offerta dal testo costituzionale all'art. 37, il c.d. diritto di insistenza, si aggiunge nel 2001 anche il c.d. rinnovo automatico ¹⁴.

La situazione di favore per il concessionario che non spinge a migliorare la qualità dei servizi offerti agli utenti finali e che nega ogni possibilità di accesso alla gestione del demanio marittimo a nuovi operatori, derivante dall'applicazione dei due suddetti istituti, fu fortemente criticata sia da parte della dottrina che della giurisprudenza, nonché dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, per violazione dei principi comunitari e dello stesso art. 117, comma 1, della Costituzione.

Ciò non impedì alla Commissione Europea di avviare, nel 2009, nei confronti dello Stato italiano una procedura di infrazione, la n. 2008/4908, per contrasto con l'ordinamento comunitario. La Commissione, in particolare, censurava i già richiamati diritto di insistenza e rinnovo automatico delle concessioni per violazione della libertà di stabilimento ¹⁵ nel mercato interno, che per l'affidamento delle concessioni impone il ricorso a procedure concorrenziali, non discriminatorie. L'Italia risponde con l'art. 1, comma 18, del decreto legge n. 194/2009 che abrogava l'ultimo periodo del secondo comma dell'art. 37 del Codice della Navigazione, che riconosceva appunto il c.d. diritto di insistenza, a decorrere dal 30 dicembre 2009, data di entrata in vigore del decreto e contestualmente prorogava il termine di durata delle concessioni, in scadenza entro questa data, al 31 dicembre 2012. Il termine è prorogato al 31 dicembre 2015 ¹⁶ con la legge 26 febbraio 2010, n. 25, di conversione del d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, che modificava il citato comma 18 dell'art. 1.

Così veniva meno quel meccanismo di preferenza del concessionario uscente in sede concorrenziale, previsto dal diritto di insistenza, ma veniva

¹⁴ Come già visto, con l'art.10, comma 1, della Legge n. 88/2001, che ha sostituito il comma 2 dell'art. 1 del d.l. n. 400/1993, si stabilisce la durata di sei anni e il rinnovo automatico ogni sei anni solo delle concessioni aventi finalità turistico-ricreative.

¹⁵ Art. 43 del Trattato CE, oggi art. 49 del TFUE

¹⁶ La proroga viene riconosciuta legittima dalla Corte Costituzionale in quanto disciplina "avente carattere transitori" (Corte Costituzionale, 18 luglio 2011, n. 213).

fatto salvo il meccanismo di rinnovo automatico delle concessioni demaniali, andando contro ancora una volta alla libertà di stabilimento del Trattato di Roma, oltretutto all'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE, entrata in vigore il 28 dicembre 2009, che prevede la necessità di ricorrere a procedure concorrenziali che garantiscano imparzialità, trasparenza e adeguata pubblicità.

Le modifiche intervenute in materia non sono pertanto ritenute sufficienti a conformare la legislazione nazionale ai principi comunitari e la Commissione Europea avvia contro l'Italia una seconda procedura di infrazione complementare, la n. 2010/2734, esortando a eliminare dall'ordinamento nazionale l'istituto del rinnovo automatico delle concessioni.

L'obiettivo prioritario per l'Italia era quello di chiudere la procedura d'infrazione avviata dalla Commissione Europea ai sensi dell'art. 258 del TFUE e motivo principale era che finché la procedura d'infrazione era aperta la proroga della scadenza delle concessioni al 2015 non trovava alcuna copertura comunitaria¹⁷.

Dunque al fine di offrire agli operatori del mercato un quadro normativo stabile che recepisce i principi comunitari e incoraggiasse l'ingresso di nuovi soggetti nel mercato, favorendo nuovi investimenti e consentendo l'innovazione dell'impresa turistico-balneare-ricreativa¹⁸, il Legislatore italiano con il comma 1 dell'art. 11 della Legge comunitaria 2010 (L. 15 dicembre 2011, n. 217) abroga il rinnovo automatico delle concessioni turistico-ricreative. Con il comma 2, invece, delega il Governo, previa intesa da sancire in sede di Conferenza unificata¹⁹, all'adozione di un decreto legislativo per la revisione e il riordino della legislazione relativa all'affidamento delle concessioni demaniali sulla base di alcuni principi e criteri direttivi²⁰; il decreto doveva es-

¹⁷ M. Carlin, *op. cit.*, 149.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Istituto giuridico disciplinato dal d.lgs. 28 agosto 1997 n. 281, emanato in attuazione della legge 15 marzo 1997, n. 59, per favorire la cooperazione tra Stato e Regioni o Autonomie locali nelle materie di comune interesse.

²⁰ Tra questi: stabilire limiti minimi e massimi di durata delle concessioni, entro i quali le Regioni fissano la durata delle stesse in modo da assicurare un uso rispondente all'interesse pubblico nonché proporzionato all'entità degli investimenti; prevedere criteri e modalità di affidamento 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; fermo restando, in assoluto, il diritto libero e gratuito di accesso e di fruizione della battigia, anche ai fini di balneazione, disciplinare le ipotesi di costituzione del titolo di uso o di utilizzo delle aree del demanio

sere adottato entro quindici mesi dalla data di entrata in vigore della legge, quindi entro il 17 aprile 2013²¹. Con la legge comunitaria 2010, viene chiusa la procedura di infrazione in data 27 febbraio 2012.

A sostegno delle esigenze degli operatori del settore di recuperare il capitale investito, il Legislatore interviene nuovamente sulla materia con l'art. 34 duodecies del decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179 (convertito con Legge 17 dicembre 2012, n. 221) che proroga il termine di scadenza delle concessioni con finalità turistico-ricreative al 31 dicembre 2020.

Se la precedente proroga al 2015 era stata tollerata sia in sede comunitaria sia dalla Corte Costituzionale, in funzione del suo carattere provvisorio in attesa di riordino della materia delle concessioni demaniali marittime, con questa successiva proroga di ulteriori cinque anni si era più cauti nel riconoscere il carattere transitorio della stessa e la necessità degli operatori di completare l'ammortamento degli investimenti. Tale proroga rinviava ancora ogni confronto concorrenziale per l'affidamento delle concessioni demaniali, cristallizzando le posizioni degli operatori già titolari di concessioni, in violazione dei principi comunitari.

Rispettivamente, con decisione del 5 marzo 2014 e del 28 gennaio 2015, i T.A.R. della Lombardia (causa C-458/14) e della Sardegna (causa C-67/15), chiamati a pronunciarsi nell'ambito di controversie aventi ad oggetto il mancato rinnovo delle concessioni, rimettevano la questione pregiudiziale avanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 267 del TFUE²², eccependo come l'ulteriore proroga delle concessioni demaniali fino al 2020 fosse in contrasto con i principi comunitari, nonché con l'art. 12 della Direttiva 2006/123/UE²³.

marittimo; prevedere criteri per l'equo indennizzo del concessionario nei casi di revoca della concessione demaniale; stabilire criteri per l'eventuale dichiarazione di decadenza delle concessioni, nonché criteri e modalità per il subingresso in caso di vendita o di affitto delle aziende.

²¹ Il termine fu prorogato al 15 ottobre 2014 dall'art. 1, comma 732, della Legge 27 dicembre 2013, n. 147 (Legge di stabilità 2014): "Nelle more del riordino della materia da effettuare entro il 15 ottobre 2014, [...]."

²² Art. 267 TFUE: "La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale: sull'interpretazione dei trattati; sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione. Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad una giurisdizione di uno degli Stati membri, tale giurisdizione può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione."

²³ M. Carlin, *op. cit.*, 153.

In merito a tali questioni pregiudiziali sollevate dai T.A.R. della Lombardia e della Sardegna, afferenti la medesima questione, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si pronuncia con sentenza n. 458 del 14 luglio 2016 (c.d. sentenza Promoimpresa).

La Corte di Giustizia rimanda sostanzialmente la risoluzione della problematica al giudice nazionale, attribuendogli la responsabilità del decidere "caso per caso". La Corte censura il meccanismo di proroga automatica *ex lege* delle concessioni demaniali affermando che, in assenza di una procedura di selezione tra i potenziali candidati, contrasta con l'art. 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva Bolkestein e contrasta con l'art. 49 del TFUE quando le concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo.

Per la Corte, spetta all'organo giudicante a cui viene rimessa la questione verificare, in concreto, se questi titoli concessori di natura demaniale aventi finalità turistico-ricreative, possano essere concesse in numero illimitato o meno, perché vi è scarsità del bene e, solo in quest'ultimo caso, si applica l'art. 12 della direttiva Bolkestein ed il rilascio di titoli autorizzativi, deve essere soggetto ad una procedura di selezione tra i candidati potenziali, a maggior ragione se il loro e il loro numero risulti limitato per via della scarsità delle risorse naturali. In base al paragrafo 3 dell'art. 12 della direttiva servizi, i paesi membri possono tenere in debita considerazione, nello stabilire quelle che sono le regole concernenti la procedura selettiva, di considerazioni connesse a motivi di interesse generale²⁴ e, fra questi, la necessità di tutela del

Il T.A.R. della Lombardia evidenzia il netto disappunto circa la proroga del termine di scadenza dei titoli concessori sul demanio marittimo al 2020, evidenziandone il contrasto con i principi comunitari della libertà di stabilimento dell'operatore economico e di tutela della concorrenza. Il T.A.R. della Sardegna, in aggiunta a quanto già sollevato dal T.A.R. della Lombardia, evidenzia il contrasto della normativa nazionale anche con l'art. 12 della direttiva Bolkestein che oltre a prevedere una selezione tra diversi candidati e una consono pubblicità circa l'avvio della procedura, dello svolgimento e completamento, e contempla anche che le autorizzazioni debbano essere rilasciate per una durata limitata adeguata proprio per la limitatezza del numero delle stesse disponibili per una determinata attività, e pertanto non ammette la procedura di rinnovo automatico.

²⁴ Motivazioni riconosciute come tali dalla Corte europea, tra i quali, tra gli altri, l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica, la sanità pubblica, il mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema di welfare, la tutela del consumatore finale, dei destinatari di servizi e dei lavoratori, l'equità delle transazioni commerciali, la lotta alla frode, la tutela dell'ambiente, la proprietà intellettuale, la conservazione del patrimonio nazionale culturale. (Art. 4, punto 8, della direttiva 2006/123). "La proroga automatica delle concessioni demaniali non può essere giustificata da motivi imperativi di interesse generale in quanto, al momento della concessione iniziale delle autorizzazioni, alcuna pro-

legittimo affidamento²⁵. Anche la valutazione della sussistenza di un interesse transfrontaliero certo²⁶ è rimessa al giudice del rinvio, prima ancora di adire la Corte²⁷. L'assegnazione di una concessione che presenti un interesse transfrontaliero certo deve avvenire nel rispetto della trasparenza, la cui violazione costituirebbe una disparità di trattamento, ai sensi dell'art. 49 del TFUE, in danno di imprese con sede in altro Stato membro che potrebbero essere interessate alla medesima concessione.

Il Legislatore italiano risponde alla pronuncia del giudice comunitario con l'introduzione, in sede di conversione del decreto legge 24 giugno 2016, n. 113 avvenuta con legge 7 agosto 2016, n. 160 recante "Misure finanziarie urgenti per gli enti territoriali e il territorio", del comma 3 septies all'art. 24 (c.d. norma salva-spiagge), prevedendo la validità dei rapporti già instaurati in base all'articolo 1, comma 18, del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25, il tutto onde garantire certezza alle situazioni giuridiche in corso, assicurando altresì l'interesse pubblico all'ordinata gestione del demanio marittimo

Tale disposizione dalla giurisprudenza²⁸ è considerata illegittima per violazione dell'ordinamento comunitario, infatti "tale norma comporterebbe sostanziale elusione degli obblighi di adeguamento della normativa interna discendenti dalla sentenza del 14 luglio 2016 della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, reintroducendo, di fatto, un rinnovo automatico delle concessioni scadute al dichiarato scopo di mantenere validi ed efficaci i rap-

cedura di selezione dei candidati era stata organizzata". Ibidem.

²⁵ Paragrafo 56 della sentenza n. 458 del 14 luglio 2016 della CGUE: "una giustificazione fondata sul principio della tutela del legittimo affidamento richiede una valutazione caso per caso che consenta di dimostrare che il titolare dell'autorizzazione poteva legittimamente aspettarsi il rinnovo della propria autorizzazione ed ha effettuato i relativi investimenti". Ma "la tutela del legittimo affidamento non può essere invocata per giustificare una proroga automatica e generalizzata, applicata indistintamente a tutte le concessioni come previsto dal legislatore nazionale italiano". Ibidem.

²⁶ L'art. 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE si oppone alla proroga automatica delle concessioni di beni pubblici per attività turistico-ricreative "nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo". Questo è costituito dalla possibilità che rispetto ad un servizio o ad un bene posto a disposizione degli operatori da uno dei Paesi membri vi sia la contendibilità ad opera di imprenditori insediati anche in Paesi diversi, per la rilevanza del servizio, del bene o dell'opera e per la possibilità di ritrarvi un guadagno. Vedi M. CARLIN, *Concessioni demaniali marittime e lacuali*, Milano, Key Editore, 2019, 146.

²⁷ P. Perrone, *op. cit.*, 58.

²⁸ Cons. Stato, sez. V, 28-2-2018, n. 1219.

porti già instaurati e pendenti in base all'art. 1, comma 18, del d.l. 194 del 2009, convertito in legge n. 25 del 2010". La norma per contrasto con l'ordinamento comunitario viene automaticamente disapplicata dai giudici "senza necessità di attendere la modifica o l'abrogazione delle disposizioni contrastanti da parte degli organi nazionali a ciò preposti".

Anche la Cassazione Penale²⁹ si esprime in tal senso affermando che la normativa di cui al d.l. 24 giugno 2016, n. 113, art. 24, comma 3 septies, deve essere disapplicata.

In senso contrario³⁰ è stata riconosciuta una sorta di validità alla proroga disposta con d.l. n. 113/2016, anche dopo la decisione della Corte di Giustizia del luglio 2016, richiamando proprio quanto espresso dalla stessa Corte sulla proroga alla concessione demaniale giustificata quando finalizzata a tutelare la buona fede del concessionario, ovvero quando lo stesso abbia ottenuto la concessione prima dell'adozione della direttiva 2006/123/CE e cioè in un'epoca in cui non era stato acclarato che le obbligazioni contrattuali in possesso di un interesse transfrontaliero certo erano soggetti a obblighi di trasparenza.

5. – Il legislatore italiano, contravvenendo agli orientamenti che intanto erano sempre più incentrati sui principi del diritto comunitario, a mezzo dell'art. 1, commi 682 e 683, della legge 30 dicembre 2018 n. 145, ha prorogato ulteriormente la scadenza delle concessioni demaniali al 2033. Tale decisione dirimente ha visto la giustizia amministrativa divisa tra chi assecondava i provvedimenti posti in essere dal legislatore, sul presupposto della prevalenza della norma interna rispetto alle statuizioni della "direttiva servizi", e chi annullava le proroghe dei titoli concessori degli enti locali sul presupposto della illegittimità della proroga stessa posta in essere dal legislatore interno.

Il 3 dicembre 2020, la Commissione Europea notificava all'Italia una lettera di costituzione in mora *ex art. 258 TFUE* per contrasto della legislazione nazionale con il diritto europeo in materia di assegnazione a mezzo concessioni demaniali e durata delle stesse in materia turistico-ricreativa, a seguito di procedura di infrazione 2020/4118, nella quale viene sostanzialmente

²⁹ Cass., sez. III, 16-3-2018, n. 21281.

³⁰ Trib. Amm. reg. Abruzzo, sez. I, 6-6-2018, n. 271.

asserito che la legislazione nazionale risulta essere in contrasto con la normativa comunitaria in materia di concorrenza ³¹.

Le diverse posizioni che nel frattempo che si sono create intorno alla correttezza operata dalla opzione del legislatore italiano di prorogare sino al 2033 le concessioni attuali e in corso di validità, hanno indotto la Presidenza del Consiglio di Stato con proprio decreto (n. 160 del 24 maggio 2021) a investire della questione l'Adunanza Plenaria. Per la qual cosa, si è ritenuto necessario un suo pronunciamento, *in primis* sulla doverosità o meno della disapplicazione di quelle previsioni contenenti la proroga automatica delle concessioni demaniali (ritenute in contrasto con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE); *in secundis*, nel caso in cui fosse doverosa la disapplicazione delle norme interne confliggenti con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, era necessario determinare se l'amministrazione potesse annullare *ex officio* i provvedimenti in contrasto con la direttiva Bolkestein o se si dovesse procedere ad un riesame del provvedimento concessorio (in osservanza dell'art. 21 *octies* L. 241/1990) ³².

L'Adunanza Plenaria con le cosiddette sentenze gemelle n. 17 e 18 del 9 novembre 2021, stabilisce l'incompatibilità della proroga sino al 2033 delle concessioni demaniali con l'articolo 49 del Trattato FUE e con l'articolo 12 della direttiva 2006/123/CE ³³, stabilendo l'obbligo di disapplicazione della normativa nazionale di proroga delle concessioni demaniali marittime da parte non solo dei giudici, ma anche della stessa amministrazione competente ³⁴. La norma va ritenuta *tamquam non esset*, cosicché la disapplicazione non opera solamente *pro futuro*, ma anche retroattivamente, rispetto ai provvedimenti già emanati. Al contempo, al fine di evitare un pesante impatto socio-

³¹ Procedura di infrazione 2020/4118. Nella lettera di costituzione in mora ex art. 258 TFUE, la Commissione Europea prende in esame il quadro normativo nazionale, così come stratificatosi a partire dall'art. 1, comma 18, del decreto legge 30 dicembre 2009 n. 194 (conv. in Legge 26 febbraio 2010, n. 25) e sino al recente art. 100 del decreto legge 14 agosto 2020 (conv. in Legge 13 ottobre 2020, n. 126 – c.d. decreto agosto), e asserisce che tale legislazione si pone in contrasto con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE e con l'art. 49 TFUE.

³² R. Berloco, *Concessioni demaniali: la Plenaria mette fine alle proroghe*, 2022 in <https://legalteam.it>.

³³ L'art. 49 TFUE è ritenuto applicabile considerato l'interesse transfrontaliero delle concessioni, con riguardo all'intero patrimonio costiero nazionale; l'art. 12 della direttiva Bolkestein è applicabile invece considerata la "scarsità delle risorse naturali", valutazione che la CGUE aveva demandato al giudice nazionale.

³⁴ Cons. Stato, Adunanza Plenaria, n. 17-18/2021, n. 17.

economico che originerebbe da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere, la stessa Plenaria ha, però, rinviato al 31 dicembre 2023 gli effetti delle proprie decisioni. È precisato inoltre che, in assenza di un apposito intervento legislativo di riordino della materia, a far data dal 1° gennaio 2024 le concessioni si intenderanno come scadute e che un eventuale nuovo provvedimento di proroga dovrà intendersi come privo di effetto, in quanto contrastante con le norme comunitarie in materia.

L'intervento dell'Adunanza Plenaria si esplica non solo sui rapporti in essere ma anche sui principi e sulle condizioni che, nel rispetto della legislazione europea, dovranno guidare il legislatore nel legiferare in futuro sulla materia *de qua*: in particolare, la scelta di criteri di selezione, che dovranno essere equi e non discriminatori, la corresponsione di adeguati canoni concessori, la qualità dei servizi, nonché una durata limitata dei titoli concessori.

Tale intervento presenta però non pochi profili di criticità.

Tra il 2020 e il 2021 l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha diffidato sovente le amministrazioni comunali che avevano rilasciato provvedimenti di proroga dei titoli menzionati fino al 2033, disposta con legge n. 145/2018, in quanto in contrasto con il diritto eurounitario che vieta le proroghe automatiche e generalizzate sulle concessioni demaniali marittime. Ci sono state Amministrazioni che hanno ignorato le diffide dell'Antitrust non dando seguito ad alcun provvedimento di revoca, e altre che invece hanno preferito ritirare il rilascio della proroga al 2033, esponendosi a contenziosi con i titolari di attività turistico-ricreative sul demanio marittimo.

Nel novembre del 2021, come poc'anzi descritto, l'Adunanza Plenaria ha statuito che la proroga al 2033 risulta essere contrastante col diritto comunitario e ha imposto al legislatore italiano di indire gare pubbliche entro il 31 dicembre 2023 per l'assegnazione delle concessioni demaniali aventi finalità turistico-ricreativa.

A seguito di dette pronunce, la risposta dei balneari, a “questa brutta pagina della giurisprudenza italiana”³⁵, è stata abbastanza dura e perentoria. Il Sib (Sindacato italiano balneari) ha presentato immediatamente ricorso in Cassazione a Sezioni Unite avverso la sentenza dell'Adunanza Plenaria del massimo organo di giustizia amministrativa³⁶.

³⁵ Così Antonio Capacchione, presidente del SIB.

³⁶ SIB-CONFCOMMERCIO, *Balneari, avviato ricorso contro sentenza del Consiglio di Stato*,

6. – La scadenza dei titoli concessori stabilita dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato costituisce, stante l'impatto dirompente su diversi fronti, *in primis* quello economico, un tema attualissimo e scottante.

Dissertando sotto l'aspetto giuridico, tali pronunce, seppur conferendo certezza al quadro normativo che si dovrà delineare, e, che comunque non può non tener conto delle stesse, purtuttavia diversi nodi potrebbero restare irrisolti, e ciò dovrà necessariamente condurre all'assunzione di decisioni di amministrazione attiva che, come è facile desumere, costituiscono lo scoglio più complesso e che comporteranno, senza altre opzioni, scelte di natura oltremodo discrezionale da prendere però entro i limiti temporali e secondo i principi fissati dalle sentenze menzionate³⁷.

Ormai da diversi anni, il legislatore nazionale, a mezzo di diversi provvedimenti normativi, è sovente intervenuto prorogando la durata delle concessioni in corso di validità, prima fino al 2015, e poi fino al 2020; da ultimo, al netto delle diverse sentenze della giustizia amministrativa nazionale e comunitaria, nonché delle procedure di infrazione, fino al 31 dicembre 2033.

Adesso, l'Adunanza plenaria stabilisce che oltre il 31 dicembre 2023 ci sarà la caducazione degli effetti delle concessioni in essere, e ciò anche se si dovesse verificare, come già avvenuto in passato, che il legislatore intervenisse con un'ulteriore proroga, che essendo contrastante con il diritto comunitario, verrebbe disapplicata.

In sostanza, cosa dovrebbe e potrebbe succedere?

6.1 – La situazione, così come delineata e scaturente da quanto statuito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel novembre 2021, al verificarsi del perdurare delle opere sul sedime demaniale oltre il limite temporale stabilito nelle stesse, apporta quale conseguenza l'applicabilità dell'ipotesi contravvenzionale *ex art.* 1161 del Codice della Navigazione, alias occupazione abusiva di spazio demaniale, che prevede testualmente che “chiunque occupi abusivamente aree appartenenti, tra gli altri, al demanio marittimo è punito “con l'arresto fino a sei mesi o con l'ammenda fino a lire un milione, sempre che il fatto non costituisca un più grave reato”.

2022 in <https://www.mondobalneare.com>.

³⁷ E. Zampetti, *Le concessioni balneari dopo le pronunce Ad. Plen. 17 e 18 2021. Definito il giudizio di rinvio innanzi al C.G.A.R.S.* in nota a Cgars 24 gennaio 2022, n. 116.

Prendendo spunto da tale fattispecie illecita, il massimo organo di giustizia amministrativa ha chiarito, in maniera a dir poco netta, che anche se la proroga concessa dal legislatore nazionale va disapplicata in quanto risultante in contrasto con il diritto comunitario, ciò non comporta la produzione di effetti penali nei confronti dei concessionari, almeno fino al 31 dicembre 2023³⁸.

Cosa accadrà dopo tale data?

Dal punto di vista della giurisprudenza di legittimità, una importante chiave di lettura ci viene fornita dalla Cassazione penale, che nell'ambito di una recente pronuncia³⁹, ha statuito che “in tema di reati marittimi, e segnatamente della fattispecie incriminatrice di occupazione abusiva di spazio demaniale prevista e punita dagli articoli 54 e 1161 C.N., essa si configura anche in caso di occupazione protrattasi oltre la scadenza del titolo, a nulla rilevando l'esistenza della pregressa concessione e la tempestiva presentazione dell'istanza di rinnovo”.

Conseguenza immediata di quanto poc'anzi asserito, aderendo a quanto stabilito dalla Suprema Corte, è che chiunque occupi *sine titulo* spazio demaniale marittimo dopo il 31 dicembre 2023, possa vedersi indagato per il reato di cui si disquisisce.

Dopo pochissimo tempo, la stessa Corte Nomofilattica, è intervenuta nuovamente sulla tematica *de qua*⁴⁰.

Tralasciando il percorso logico-giuridico seguito dalla Corte, si può osservare che, secondo la stessa, l'occupazione di spazio demaniale marittimo a mezzo di atto concessorio rilasciato *ex lege*, prorogato (in maniera illegittima) in forza della stessa legge dall'ente amministrativo avente potestà gestoria, è equiparabile alla condotta di chi arbitrariamente occupa uno spazio del demanio marittimo secondo l'ipotesi contravvenzionale prevista dall'art. 1161 del Codice della Navigazione. Nell'affermare tale principio, la Suprema Corte sembra aderire ad un orientamento che tende ad accomunare la situazione in cui il soggetto occupi il bene in forza di un titolo concessorio legittimamente rilasciato e ancora esistente, ma la cui persistenza è ritenuta *contra legem* per violazione del diritto eurounitario, a quella in cui il titolo sia del tutto assente o pacificamente scaduto.

³⁸ Cons. Stato, Adunanza Plenaria, n. 17-18/2021, n. 17

³⁹ Cass. Pen., sez. III, 16/09/2020, n. 29105

⁴⁰ Cass. Pen., sez. III, 22-4-2022, n. 15676

Tale assunto risulta però in contrasto con un diverso principio enunciato sempre dalla Corte nomofilattica⁴¹, secondo il quale “non è possibile che dalla disapplicazione di una norma interna per effetto del contrasto con la normativa comunitaria, sulla base del principio di preminenza del diritto comunitario, possano conseguire effetti pregiudizievoli per l'imputato. In definitiva, l'utilizzo della normativa sovranazionale va escluso allorché gli esiti di una esegesi siffatta si traducano in una interpretazione *in malam partem* della fattispecie penale nazionale”.

La Suprema Corte, nella richiamata sentenza n. 15676/2022, peraltro, accoglie un'interpretazione che si pone in contrasto anche con il principio enunciato dalla Corte di giustizia europea, in forza del quale gli effetti diretti di una direttiva comunitaria non tempestivamente o non correttamente traspunta, sono invocabili solo dal cittadino inteso *uti singuli* nei confronti dello Stato e non anche di altri individui; mentre, al contrario, non possono essere fatti valere dallo Stato –inadempiente nel dare attuazione alla direttiva comunitaria– contro soggetti non tenuti alla sua applicazione.

La sentenza poc'anzi richiamata, quindi, si pone in palese contrasto con l'insegnamento della Corte di giustizia europea e delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, attribuendo al cittadino una responsabilità penale in un contesto in cui il valore della certezza dell'ordinamento appare smarrito.

6.2 – Un altro aspetto che emerge dalla pronuncia dell'Adunanza plenaria, su cui pare necessaria un'ulteriore riflessione, è riferito all'incidenza dell'art. 49 del Codice della navigazione sulla questione. Tale istituto va approfondito per gli effetti che è in grado di produrre sulla sfera giuridica dei concessionari. Infatti, la norma prevede la c.d. devoluzione delle opere allo Stato. In particolare, «salvo che non sia diversamente stabilito nell'atto di concessione, quando venga a cessare la concessione le opere non amovibili costruite sulla zona demaniale restano acquisite allo Stato, senza alcun compenso o rimborso, salva la facoltà dell'autorità concedente di ordinare la demolizione con la restituzione del bene demaniale nel pristino stato»⁴². Ciò significa che, al termine del rapporto concessorio, le opere inamovibili, *alias*

⁴¹ Cass. Pen., s.u., n. 22225/2012

⁴² M.C. Ghirardi, *Nel “mare magnum” delle proroghe. Riflessioni a partire dalle sentenze n. 17 e 18 dell'Adunanza Plenaria*, in Osservatorio Costituzionale, 2022.

di difficile rimozione, vengono automaticamente devolute e incamerate dallo Stato.

Viste le caratteristiche delle concessioni demaniali marittime, è palese che la maggior parte dei beni coinvolti siano solitamente inamovibili⁴³. Di conseguenza, allo spirare di tali titoli, le opere poste in essere dal concessionario privato vengono acquisite automaticamente dallo Stato, divenendo pertinenze demaniali ai sensi dell'art. 29 c.n., senza, tuttavia, alcuna previsione di indennizzo a favore di colui che le ha realizzate⁴⁴.

Tale istituto ricalca la disciplina prevista dagli artt. 934 e 936 del Codice civile, con la differenza che il Codice della Navigazione non riconosce il diritto ad un indennizzo in favore del privato che ha posto in essere la costruzione. Secondo un filone dottrinale, più risalente, ciò dipenderebbe dalla particolare natura dei beni in questione, appartenenti ontologicamente, per loro natura, alla categoria del demanio necessario e, pertanto, «l'intrinseca condizione propria del suolo marittimo risulterebbe compressa per effetto della concessione demaniale con la quale si assicura al privato (o anche al soggetto pubblico) un temporaneo diritto di superficie sul bene stesso che poi, allo scadere della concessione, si estingue, consentendo così alla demanialità del suolo di riespandersi sino a comprendere anche l'opera che è stata eretta»⁴⁵.

D'altra parte, poiché l'Adunanza plenaria ha previsto che le concessioni attualmente in essere – a prescindere dalle eventuali proroghe intervenute per effetto di disposizione nazionali, considerate *tamquam non esset* - cesserebbero di avere efficacia il 31 dicembre 2023, se il legislatore operasse in tal senso, allo scadere di tale termine, automaticamente, gli attuali concessionari perderebbero tutti i propri diritti sulle opere costruite non amovibili, senza la previsione di alcuna forma di ristoro economico per l'investimento effettuato.

⁴³ Sebbene i piani di spiaggia negli ultimi anni abbiano generalmente richiesto strutture integralmente amovibili (ad esempio prefabbricati, quand'anche in muratura). Sarebbe meglio pro futuro imporre ai concessionari la predisposizione di opere completamente amovibili. In questo senso, il disegno di legge per il mercato e la concorrenza 2021, attualmente in discussione in Parlamento, contiene una clausola di preferenza degli interventi con attrezzature completamente amovibili, anche al fine di tutelare le coste.

⁴⁴ Ciò vale anche qualora i concessionari avessero precedentemente ricevuto l'autorizzazione per l'opera.

⁴⁵ M. Luchetti, *La devoluzione delle opere allo Stato e gli effetti sui futuri affidamenti delle concessioni demaniali marittime*, in Urb. e app., 1, 2019, p. 22.

Ciononostante, l'Adunanza non sembra soffermarsi in modo specifico su tale aspetto; ciò induce, ancora una volta, a riflettere sull'urgenza di un intervento sistematico di riforma da parte del legislatore, che tenga conto delle ragioni, propriamente di diritto costituzionale, che sollecitano la revisione del citato istituto o, almeno, la previsione di un indennizzo a favore dei concessionari uscenti, che, mediante la realizzazione delle opere, contribuiscono alla valorizzazione del demanio marittimo.

Sinora tale problematica era rimasta sullo sfondo, in quanto, in virtù di un consolidato filone giurisprudenziale, il termine del rapporto concessorio è stato interpretato in senso sostanziale, quale effettivo venir meno della concessione in capo ad un soggetto⁴⁶. Pertanto, tale effetto non si produceva qualora il concessionario godesse di una proroga o di un rinnovo automatico della concessione, mantenendo la gestione del bene demaniale. Ora, però, se trovasse applicazione il principio di diritto enunciato dall'Adunanza, che prevede la cessazione di tutte le concessioni ancora in essere in virtù di proroghe automatiche e generalizzate al 31 dicembre 2023, questo effetto coinvolgerebbe la maggior parte delle concessioni demaniali marittime.

La previsione di una deroga alla disciplina di cui all'art. 49 c.n. era stata, peraltro, già presa in considerazione dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 3842 del 14 febbraio 2017. In questa occasione il Giudice delle leggi ha ritenuto che la devoluzione gratuita dei beni allo Stato «può essere convenzionalmente derogata nel disciplinare di concessione che preveda la facoltà di costruzione, non nel senso di escludere l'indicata devoluzione, ma, solo, in ordine alla gratuità della

medesima», prevedendo, non un indennizzo esattamente corrispondente al valore della costruzione, ma, ad esempio, il pagamento delle spese di demolizione della costruzione o il diritto di conseguire i materiali di demolizione da parte del concessionario uscente. Ciò in quanto l'incipit dell'art. 49 c.n. fa salve le diverse statuizioni poste nell'atto di concessione: sembrerebbe, dunque, possibile immaginare un regime contrattuale derogatorio contenente la previsione di un indennizzo in favore del concessionario uscente.

Tale tematica, pur non approfondita specificamente dall'Adunanza, è estremamente attuale.

⁴⁶ Cons. Stato, sez. VI, sentt. n. 3348 del 2010, n. 626 del 2013, n. 3196 del 2013, nonché Corte cost., sent. n. 29 del 2017.

D'altronde, nel recente emendamento approvato dal Consiglio dei ministri al disegno di legge per il mercato e la concorrenza 2021, all'art. 2, lett. c) sono indicati – tra i principi ed i criteri direttivi che il governo deve rispettare nell'espletamento della delega – la valutazione degli investimenti effettuati, nonché il valore aziendale dell'impresa e dei beni materiali ed immateriali.

Analogamente, tra i criteri da seguire per la predisposizione delle procedure di selezione, è data preferenza agli interventi che prevedano attrezzature non fisse ed opere completamente amovibili.

Tali disposizioni, se adeguatamente applicate, consentirebbero di superare la problematica di cui all'art. 49 c.n., e di tutelare gli investimenti dei concessionari uscenti. D'altra parte, nella lettera di messa in mora del 3 dicembre 2020, la Commissione europea ha evidenziato il contrasto della normativa italiana con i principi sostanziali della sentenza CGUE sopra menzionata, oltre a essere incompatibile con il diritto europeo, creando incertezza normativa nel campo dei servizi turistici balneari⁴⁷. Pertanto, un intervento di riforma del settore da parte del legislatore sembrerebbe giovare anche agli stessi concessionari, che da decenni lavorano in un contesto di totale incertezza.

7 – Questa trattazione può concludersi con l'evidente osservazione che il demanio marittimo presenta rilevanti problematiche, concernenti il suo oggetto nonché il suo utilizzo, in considerazione dell'unicità dei profili territoriali italiani⁴⁸ e della concezione economica, affermatasi a partire dagli anni settanta, dei beni del demanio marittimo; questi, in quanto occasione di lucro per chi opera nel mercato sono soggetti ai sovraordinati principi comunitari di concorrenza.

Tali criticità, portate alla luce dalla direttiva Bolkestein e oggetto di questa analisi, non sono state mai realmente affrontate dal legislatore nazionale; di fronte alle sempre più frequenti sentenze nazionali e sovranazionali, che hanno oramai sancito l'illegittimità della proroga automatica ed indiscriminata dei titoli concessori sul demanio marittimo, il legislatore si è di fatto mostrato inerte, consentendo in tal modo alla magistratura di disapplicare le disposizioni nazionali contrastanti con l'ordinamento comunitario.

⁴⁷ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/inf_20_2142

⁴⁸ L'Italia è al secondo posto tra i paesi dell'Unione Europea per estensione costiera con 8.300 km circa di costa

Per decenni, con l'emanazione continua proroghe *ex lege* delle concessioni, si è scelto di prendere tempo piuttosto che provvedere a un necessario ed ormai irrimandabile riordino della materia. Proprio l'attesa della revisione e del riordino della legislazione in materia di rilascio delle concessioni demaniali marittime "in conformità ai principi di derivazione europea" è stata sin dal 2009 la motivazione con cui il legislatore nazionale ha giustificato la normativa, sempre asserita come transitoria, di proroga dei titoli concessioni.

La recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria rappresenta un intervento di sicuro rilievo che offre al legislatore nazionale una spinta a colmare il vuoto normativo che negli ultimi quindici anni ha creato diverse e rilevanti incertezze in materia di concessioni balneari, ma ciò che è mancato fino a quel dato momento storico (novembre 2021) è stato il coraggio di emanare un'effettiva legge di attuazione della direttiva e una regolazione della materia con norme vincolanti ed efficaci *erga omnes*.

Al fine, dunque, di dare attuazione all'indirizzo "vincolante" delle sentenze gemelle, *in primis* il Consiglio dei Ministri, il 15 febbraio 2022, ha approvato la proposta emendativa al disegno di legge n. 2469 "Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021" in materia di concessioni demaniali marittime (c.d. Concorrenza)⁴⁹, che ha previsto un differimento del termine di scadenza delle concessioni di un ulteriore anno, in caso di impossibilità a concludere la procedura selettiva entro il 31 dicembre 2023 e il riconoscimento di un indennizzo al concessionario uscente, a carico del concessionario subentrante.

In secundis, tale disegno di legge è stato poi convertito in L. 118/2022, la quale ha sostanzialmente previsto di disciplinare compiutamente la materia a mezzo di successivi decreti delegati da approvare entro sei mesi dall'entrata in vigore della presente legge.

All'attualità, in attesa dei decreti delegati, che dovrebbero riempire di contenuti sostanziali la legge sopra richiamata, definendo aspetti di rilevante importanza, le commissioni Affari costituzionali e Bilancio del Senato hanno approvato alcuni emendamenti al cd. decreto "Milleproroghe 2023", in particolare sono stati approvati un emendamento che proroga fino a luglio 2023 la

⁴⁹ Il disegno di legge reca misure finalizzate a promuovere la tutela e lo sviluppo della concorrenza al fine di favorire l'efficienza e la crescita dell'economia nazionale e di garantire la ripresa dalla crisi conseguente alla pandemia.

delega al governo per realizzare la mappatura delle concessioni esistenti, bloccando al momento l'indizione delle gare; un emendamento che proroga la validità delle concessioni un anno in più rispetto a quanto previsto nelle Sentenze gemelle, ossia fino al 31 dicembre 2024; e un emendamento che prevede l'istituzione, presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, di un tavolo tecnico avente compiti di consulenza e di indirizzo sulla materia. Qualora sopraggiungessero ragioni particolari che ostacolino e di fatto impediscano la conclusione delle gare entro il 31 dicembre 2024, questa scadenza potrà essere prorogata alla fine del 2025. Inoltre, ai concessionari viene consentito il mantenimento dei manufatti amovibili fino al 31 Dicembre 2023, con possibili casi di interferenza anche con provvedimenti giudiziari di demolizione in corso.

Con la definitiva conversione in legge del Decreto-legge 29.12.2022, n. 198 (Cd. Decreto Milleproroghe), gli emendamenti testè menzionati vengono interamente recepiti; purtuttavia, il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella, nel promulgare la legge di conversione, ha espressamente formulato una riserva in materia di proroghe dei titoli concessori sul demanio marittimo e dei rapporti di gestione per finalità turistico-ricreative, inviando una missiva ai Presidenti dei due rami del Parlamento, nonché al Presidente del Consiglio dei Ministri, essendo ormai questa materia da tempo all'attenzione della Corte di giustizia europea, che, come più volte ricordato nel presente contributo, ha ritenuto incompatibile con il diritto europeo la proroga delle concessioni demaniali marittime disposta per legge.

In particolare, il Capo dello Stato ha esortato Governo e Parlamento a correggere norme che potrebbero condurre a contenziosi con l'UE e Giustizia Amministrativa *in primis*, senza tralasciare gli Enti Locali, in considerazione del fatto che, oltre a quanto già rappresentato, un ulteriore elemento problematico deriva da quanto statuito dalle sentenze (cd. Gemelle) dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che, tra le altre cose, hanno ritenuto senza effetto perché in contrasto con l'ordinamento comunitario qualsiasi ulteriore eventuale proroga che dovesse nel frattempo intervenire, e quindi gli enti concedenti potrebbero ritenersi comunque legittimati a disapplicare le norme in contrasto con il diritto europeo e quindi indire le gare, mentre i controinteressati potrebbero mettere indotti ad impugnare eventuali provvedimenti di proroga delle concessioni, alimentando ulteriormente il contenzioso.

Non è certo semplice ipotizzare come e quando si concluderà questa vicenda, che si trascina ormai da molto tempo, ma lungi dal voler assumere una posizione, non in questa sede, obiettivo fermo deve essere il raggiungimento della chiarezza. C'è necessità di certezza del diritto, e per gli operatori insediati che hanno perso fiducia nella tutela offerta loro fin ora dall'inerzia legislativa e per gli operatori aspiranti che nella previsione di procedure di gara cercano la loro occasione per proporsi in un settore che, rappresentando una grossa fonte di ricchezza per il nostro Paese, ha ragion d'essere fortemente concorrenziale.

Abstract

Le recentissime novelle normative e giurisprudenziali in materia di concessioni demaniali marittime, oltre che l'attuale dibattito parlamentare e i richiami fatti dal Capo dello Stato, rappresentano un chiaro segnale che su questa materia bisogna intervenire una volta per tutte senza rinviare ulteriormente la stesura di una disciplina organica. Ovviamente, le esigenze in campo sono contrapposte; da un lato il principio sacrosanto della concorrenza, più che cristallizzato a livello comunitario, dall'altra le esigenze di tanti che nel corso degli anni hanno investito ingenti risorse seppur consapevoli che il loro non fosse configurabile quale diritto di proprietà, bensì un mero godimento sul bene "demanio marittimo".

The very recent regulatory and jurisprudential news on maritime state-owned concessions, as well as the current parliamentary debate and the appeals of the Head of State, represent a clear signal that on this matter it is necessary to intervene once and for all without further postponing the drafting of an organic discipline. Obviously, the needs in the field are opposite; on the one hand the sacrosanct principle of competition, rather than crystallized at the community level, on the other the needs of many who have invested huge resources over the years even though they were aware that theirs could not be configured as a property right, but a mere enjoyment of the asset "maritime domain".