QUADERNI DELLA RASSEGNA
DI DIRITTO PUBBLICO EUROPEO

8

Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime

Principi costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno

Vol. II

a cura di

ALBERTO LUCARELLI - BRUNO DE MARIA
MARIA CHIARA GIRARDI

Edizioni Scientifiche Italiane

Erik Furno

Le concessioni demaniali marittime tra libera concorrenza, tutela dell'affidamento e certezza del diritto

Sommario: 1. Breve premessa. – 2. Il quadro normativo e giurisprudenziale. – 3. Lo stato dell'arte. – 4. Conclusioni.

1. *Breve premessa*

Il rilascio ed il rinnovo delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico – ricreative riflette l'annosa *querelle* del rapporto tra concessioni di beni pubblici e tutela della concorrenza, nel solco delle tensioni tra ordinamento giuridico europeo ed ordinamento interno.

Nello specifico, viene in rilievo il contrasto tra le leggi statali e regionali, che dispongono la proroga automatica e generalizzata delle concessioni demaniali, con il diritto eurounitario orientato alla costruzione di un mercato aperto alle ragioni della concorrenza, con conseguente obbligo di disapplicare la normativa interna anche nelle ipotesi di direttive c.d. *self-executing* o autoesecutive[1].

[1] Secondo la sentenza del T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 15 gennaio 2021, n. 73, che ha provocato il contrasto giurisprudenziale portato al Consiglio di Stato e successivamente rimesso all'Adunanza Plenaria, trattasi di «*istituto di creazione pretoria, atteso che – da un lato – la direttiva autoesecutiva non si caratterizza per alcuna formale "bollinatura" che ne attesti in modo obiettivo ed incontrovertibile tale specifica qualità, ovvero l'auto esecutività e – dall'altro – che proprio l'attività interpretativa che dovesse culminare con il convincimento della natura auto esecutiva comporterebbe – come naturale corollario – la disapplicazione ovvero la violazione della legge nazionale, inverandosi la fattispecie della interpretazione abrogativa o "interpretatio abrogans"*». Per il T.A.R. pugliese, l'accertamento della natura *self-executing* della direttiva sarebbe riservato solo al giudice e precluso all'amministrazione, tenuta invece ad applicare la legge nazionale anche nell'ipotesi di contrasto con una direttiva *self-executing*. Sul concetto di direttiva *self-executing*, G. Tesauro, *Diritto dell'Unione europea*,

© Edizioni Scientifiche Italiane
ISBN 978-88-495-5171-6

2. *Il quadro normativo e giurisprudenziale*

Come noto, le concessioni balneari hanno per oggetto l'utilizzo di beni che appartengono, ai sensi dell'art. 822 c.c., al demanio necessario dello Stato, la cui gestione è stata poi affidata alle regioni, che a loro volta l'hanno delegata ai comuni.

Tutto nasce dagli artt. 36 e 37 del Codice della navigazione[2], disposizione quest'ultima che prevedeva che, nell'ipotesi di concorso di una pluralità di domande di concessione, fosse preferito in sede di rinnovo il concessionario uscente (il c.d. diritto di insistenza)[3]. Trattavasi di disposizione corporativa, venuta meno con la caduta del regime fascista, ma perpetuatasi in concreto nonostante l'avvento della Costituzione repubblicana[4].

Senonché, tale situazione italiana si scontra con la «nuova Costituzione economica europea», a cominciare dalla libertà di circolazione dei servizi, garantita dall'art. 49 del TFUE[5], dedicato alla libertà di stabilimento, che costituisce una delle quattro libertà su cui si basa lo spazio comune europeo (libera circolazione delle per-

Padova 2010, p. 153 ss., e M.P. Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, Milano 2011, p. 192 e ss.

[2] Cfr. l'art. 36 del R.D. 30 marzo 1942, n. 327, secondo cui «L'amministrazione marittima, 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» e l'art. 37, ora abrogato, secondo cui «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».

[3] Sul diritto di insistenza, S. Cassese, *Concessione di beni pubblici e "diritto di insistenza"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, p. 355 ss.

[4] R. Caranta, *Es gibt noch Richter in Berlin! Stop alle proroghe delle concessioni balneari*, in *Giur. it.*, n. 5/2022, p. 1204 ss.

[5] In base a tale norma, «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». Per libertà di stabilimento si intende, poi, la libertà di «accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società (...), alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini».

ISBN 978-88-495-5171-6
© Edizioni Scientifiche Italiane

sone, libera circolazione delle merci, libera circolazione dei capitali, libera circolazione dei servizi).

Sin dalla sentenza *Teleaustria* e *Telefonadress*[6] la giurisprudenza della Corte di giustizia europea ha chiarito che qualsiasi atto dello Stato, che stabilisce le condizioni alle quali è subordinata la prestazione di un'attività economica, è tenuto a rispettare i principi fondamentali del Trattato ed, in particolare, i principi di non discriminazione in base alla nazionalità e di parità di trattamento, con il conseguente obbligo di assicurare la trasparenza sulle procedure seguite per la concessione di beni o servizi economici.

La promozione della libertà di stabilimento e la rimozione degli ostacoli alla libera prestazione dei servizi sono stati, poi, oggetto dell'art. 12 della c.d. «direttiva servizi» (meglio nota come «direttiva *Bolkestein*», dal nome del Commissario proponente, relativa ai «servizi nel mercato interno»)[7], con il conseguente impatto dirompente sulle norme nazionali che disponevano proroghe legislative automatiche: tale direttiva, infatti, impone che, a fronte di scarse risorse per l'esercizio di un'attività, le relative autorizzazioni debbano avere una durata limitata ed essere rilasciate a seguito di

[6] Corte giust., 7 dicembre 2000, c. 324/98, Teleaustria e Telefonadress c. Telekom Austria, in *Dvd Juris data*.

[7] L'art. 12, par. 1 e 2 della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, recepita in Italia con il d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, integrato poi dal d.lgs. 6 agosto 2012, n. 147, dispone che «1. qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento. 2. Nei casi di cui al paragrafo 1 l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico, né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami». Sul rapporto tra le concessioni demaniali marittime e i principi di concorrenza e non discriminazione, A. Lucarelli, L. Longhi, *Le concessioni demaniali marittime e la democratizzazione della regola della concorrenza*, in *Giur. cost.*, n. 3/2018, p. 1251 ss. In generale, S. D'Acunto, *Direttiva servizi (2006/123/CE). Genesi, obiettivi e contenuto*, Milano 2009; G. Rizzo, *La concessione di servizi*, Torino 2012; A. Negrelli, *Accesso al mercato e autorizzazioni amministrative nazionali*, Milano 2016.

© Edizioni Scientifiche Italiane
ISBN 978-88-495-5171-6

apposite procedure di selezione, con idonee garanzie di imparzialità, trasparenza e pubblicità, da cui deriva il divieto di rinnovo automatico e di misure di preferenza per i precedenti titolari.

Di conseguenza, il legislatore nazionale, prefigurando una riforma della materia coerente con i principi europei, riforma peraltro mai attuata, interveniva a più riprese sulla disciplina delle concessioni demaniali marittime, prevedendo inizialmente una proroga delle concessioni in essere al 31 dicembre 2015[8], poi una successiva proroga al 31 dicembre 2020 per quelle scadenti entro il 31 dicembre 2015[9] ed, infine, approssimandosi anche tale scadenza, ne fissava con la legge finanziaria 2019 la prosecuzione fino al 31 dicembre 2033[10].

Tale regime di proroga è stato ritenuto incompatibile con l'ordinamento dell'Unione europea dalla Corte di giustizia, che, con la sentenza *Promoimpresa*[11], ha chiarito che l'art. 12 della «direttiva *Bolkestein*» e l'art. 49 del TFUE vietano agli Stati membri

[8] Art. 1, comma 18, d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, convertito con modificazioni dalla l. 26 febbraio 2010, n. 25.

[9] Art. 34-*duodecies* del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221.

[10] Art. 1, commi 682 e 683, l. 30 dicembre 2018, n. 145. Tale disposizione è stata estesa dall'art. 100, comma 1, del d.l. 14 agosto 2020, n. 104, convertito con l. 13 ottobre 2020, n. 126, «anche alle concessioni lacuali e fluviali (...), nonché alle concessioni per la realizzazione e la gestione di strutture dedicate alla nautica da diporto, inclusi i punti d'ormeggio, nonché ai rapporti aventi ad oggetto la gestione di strutture turistico ricreative in aree ricadenti nel demanio marittimo per effetto di provvedimenti successivi all'inizio dell'utilizzazione». V. la ricostruzione effettuata da B. Caravita, G. Carlomagno, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in *Federalismi.it*, n. 20/2021, p. 1 ss.

[11] Corte giust., 14 luglio 2016, in cause riunite C-458/14 e C-67/15: «*l'art. 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/ CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati; l'art. 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che preveda una proroga automatica*

ISBN 978-88-495-5171-6
© Edizioni Scientifiche Italiane

di disporre proroghe automatiche e generalizzate di concessioni per l'esercizio delle attività turistico-ricreative nelle aree demaniali marittime e lacustri, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati.

Da qui la divergenza frontale dell'ordinamento nazionale con gli obblighi europei, non riuscendo il legislatore interno a conformarsi ai principi eurounitari[12], che impongono la tutela della concorrenza ed il necessario espletamento di procedure comparative tra gli aspiranti concessionari[13].

Con il rilievo che nel nostro paese le concessioni demaniali marittime, con cui la p.a. concede in esercizio ai privati un patrimonio costiero dalla eccezionale capacità attrattiva, costituiscono un rilevante giro di affari ed una assai appetibile forma di guadagno, da dover necessariamente, secondo i dettami eurounitari, essere poste a gara ed aperte al mercato[14].

delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentino un interesse transfrontaliero certo».

[12] Non a caso, dopo la "direttiva *Bolkestein*", la Commissione europea aveva avviato una procedura di infrazione (la n. 2008/4908) nei confronti dell'Italia, chiusasi nel 2012 in quanto l'art. 11 del d.l. n. 194/2009, convertito nella l. n. 25/2010, aveva delegato il governo ad emanare un decreto legislativo avente ad oggetto la revisione e il riordino della legislazione relativa alle concessioni demaniali marittime. Successivamente anche l'art. 24, comma 3-*septies* d.l. n. 113 del 2016, convertito nella l. n. 160 del 2016, aveva previsto in via interinale e «nelle more della revisione e del riordino della materia in conformità dei principi di derivazione europea», una ulteriore proroga dei rapporti concessori in essere.

[13] In tema A. Lucarelli, B. De Maria, M. C. Girardi (a cura di), *Governo e gestioni delle concessioni demaniali marittime. Principi costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, in *Quaderni della Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 7/2021; A. Cossiri (a cura di), *Coste e diritti. Alla ricerca di soluzioni per le concessioni balneari*, Macerata 2022, *passim*; F. Capelli, *Evoluzioni, splendori e decadenza delle direttive comunitarie. Impatto della direttiva CE n. 2006/123 in materia di servizi: il caso delle concessioni balneari*, Napoli 2021; A. Giannelli, *Concessioni di beni e di servizi*, Napoli 2018, e M. Timo, *Le concessioni balneari alla ricerca di una disciplina fra normativa e giurisprudenza*, Torino 2020, e i lavori *ivi* richiamati.

[14] Per G. Carullo, A. Monica, *Le concessioni demaniali marittime nel mercato europeo dei servizi: la rilevanza del contesto locale e le procedure di*

© Edizioni Scientifiche Italiane
ISBN 978-88-495-5171-6

Le sentenze gemelle dell'Adunanza plenaria nn. 17 e 18 del 9 novembre 2021 del Consiglio di Stato[15] intervengono sulla *vexata quaestio* delle concessioni demaniali marittime nell'evidente tentativo di porre un punto fermo e conformare "al mercato" la disciplina nazionale.

Con tali pronunce il massimo consesso della giurisdizione amministrativa sancisce l'incompatibilità comunitaria (per contrasto sia con gli artt. 49 e 56 TFUE, che con l'art. 12 della direttiva 2006/123) della disciplina nazionale (art. 1, commi 682 e 683, l. n. 145/2018 e art. 182, comma 2, d.l. n. 34/2020, convertito dalla l. n. 77/2020[16]), che dispone la proroga *ex lege* delle concessioni demaniali già rilasciate.

aggiudicazione, in *Federalismi.it*, n. 26/2020, p. 25, sulle nostre coste «insistono ben 52.619 concessioni demaniali marittime, delle quali addirittura 11.104 sono relative a stabilimenti balneari, 1.231 a campeggi, circoli sportivi e complessi turistici, mentre le restanti sono distribuite su vari utilizzi, da pesca e acquacoltura a diporto e produttivo».

[15] Adunanze plenarie 9 novembre 2021, nn. 17 e 18, adottate a seguito di deferimento d'ufficio, *ex* art. 99 comma 2 c. p. a., del Presidente del Consiglio di Stato (decreto n. 160 del 24 maggio 2021), sia per la particolare rilevanza economico-sociale della *quaestio*, sia per «*assicurare certezza e uniformità di applicazione del diritto da parte delle amministrazioni interessate, nonché uniformità di orientamenti giurisprudenziali*». Tra i commenti, E. Di Salvatore, *Proroghe legislative automatiche, non applicazione e disapplicazione: l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato si pronunzia sulla direttiva servizi*, in *Giur. cost.*, n. 6/2021, 2935; Aa.Vv., *La proroga delle "concessioni balneari "alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, in *Dir. soc.*, n. 3/2021; F. P. Bello, *Primissime considerazioni sulla "nuova" disciplina delle concessioni balneari nella lettura dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, e E. Cannizzaro, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, entrambi in *www.giustiziainsieme.it*, 2021; M. Timo, *Concessioni balneari senza gara...all'ultima spiaggia*, in *Riv. giur. ed.*, n. 5/2021; M. Santini, Save the date *dalla Plenaria per le gare balneari: prime note (su tasti bianchi)*, in *Urb. app.*, n. 1/2022, p. 67 ss.; C. Feliziani, *Norma interna in contrasto con il diritto europeo, doveri del funzionario pubblico e sorte del provvedimento amministrativo "antieuropeo"*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2022, p. 460 ss.

[16] Art. 182, comma 2, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 luglio 2020, n. 77, con cui il legislatore nazionale, a causa dell'emergenza Covid, ha confermato la possibilità per i concessionari, che in-

ISBN 978-88-495-5171-6

© Edizioni Scientifiche Italiane

Nella specie, i giudici amministrativi riconoscono in via generale ed astratta la sussistenza di un interesse frontaliero certo, la scarsità delle risorse e, quindi, il limitato numero di autorizzazioni disponibili, facendo da ciò derivare la necessità della non applicazione o disapplicazione della legge nazionale, sia da parte del giudice interno, che da parte dell'amministrazione pubblica[17], anche nell'ipotesi di una direttiva *self-executing*.

Il tutto in linea con la consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale, che a più riprese aveva dichiarato le leggi regionali, che prevedevano indennizzi per i concessionari uscenti, illegittime per violazione della competenza statale in materia della concorrenza[18], ma che non era mai intervenuta sulla legislazione statale altrettanto lesiva del principio della concorrenza.

Nel contempo, lo stesso Consiglio di Stato, consapevole della rilevanza del fenomeno in esame e del notevole impatto, anche sociale, della decisione per un settore strategico dell'economia italiana[19], ritiene di limitarne temporalmente gli effetti, da un lato

tendevano proseguire la propria attività mediante l'uso dei beni del demanio marittimo, lacuale e fluviale di avvalersi della proroga sino all'1° gennaio 2034 delle concessioni vigenti.

[17] Sul rilievo che anche gli organi amministrativi sono tenuti a disapplicare le disposizioni nazionali in contrasto con la normativa europea di dettaglio, Corte giust., 22 giugno 1989, c. 103/1988, *Fratelli Costanzo*, punto 32, e Corte cost., 4 luglio 1989, n. 389.

[18] Corte cost., 29 gennaio 2021, n. 10; Corte cost., 23 ottobre 2020, n. 222; Corte cost., 30 maggio 2018, n. 109, rispettivamente in *Giur. cost.*, 2021, p. 80; 2020, p. 2466, e 2018, p. 1228, con ampie note di riferimenti, a cui sia consentito rinviare. In precedenza, Corte cost., 12 maggio 2010, n. 180, aveva dichiarato l'illegittimità di una disposizione di una legge della regione Emilia Romagna, che prevedeva un diritto di proroga in favore del titolare della concessione, ritenendo che la norma impugnata determinasse «*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 (...), favorendo i vecchi concessionari a scapito degli aspiranti nuovi*» (punto 2.1 del Cons. dir.).

[19] *Ad finem* della sentenza, l'Adunanza Plenaria, «*consapevole della portata nomofilattica della presente decisione, della necessità di assicurare alle amministrazioni un ragionevole lasso di tempo per intraprendere sin d'ora le operazioni funzionali all'indizione di procedure di gara, nonché degli effetti ad ampio spettro che inevitabilmente deriveranno su una moltitudine di rapporti concessori,*

© Edizioni Scientifiche Italiane
ISBN 978-88-495-5171-6

escludendone la retroattività[20], dall'altro, postergandone l'operatività al 31 dicembre 2023[21].

Infine, l'Adunanza plenaria si spinge a dare indicazioni sui requisiti procedurali che dovranno reggere le gare per l'attribuzione delle stesse concessioni, invitando il legislatore ad adottare «*criteri di selezione proporzionati, non discriminatori ed equi*» ed a privilegiare una durata delle concessioni «*limitata e giustificata sulla base di valutazioni tecniche, economiche e finanziarie, al fine di evitare la preclusione dell'accesso al mercato*», «*anche tenendo conto della capacità di interazione del progetto con il complessivo sistema turistico-ricettivo del territorio locale*»[22], ma senza creare rendite di posizione.

A valle di tale decisione è stata approvata la legge annuale della concorrenza[23], con cui il legislatore nazionale espunge il tema delle concessioni balneari, rinviandolo a successivi decreti delegati, ri-

ritiene che tale intervallo temporale per l'operatività degli effetti della presente decisione possa essere congruamente individuato al 31 dicembre 2023. Scaduto tale termine, tutte le concessioni demaniali in essere dovranno considerarsi prive di effetto, indipendentemente se vi sia – o meno – un soggetto subentrante nella concessione» (par. 48).

[20] Osservando che «*(l)a deroga alla retroattività trova fondamento nel principio di certezza del diritto*» (par. 47).

[21] Il principio della modulazione degli effetti nomofilattici/temporali delle sentenze è stato affermato già da Corte cost., 11 febbraio 2015, n. 10 (sull'illegittimità della c.d. *Robin tax*) e, per il processo amministrativo, dall'Adunanza plenaria, 22 dicembre 2017, n. 13, nonché dal parere del Cons. St., Sez. I, 30 giugno 2020, n. 1233, e da Cons. St., Sez. VI, 7 novembre 2011, n. 2755. Da notare che, mentre l'Adunanza n. 13/2017 si rifà alla necessità «*di tutelare uno o più principi costituzionali o, comunque, di evitare gravi ripercussioni socio-economiche*», le Adunanze nn. 17 e 18/2021 rinvengono la necessità di modulare nel tempo gli effetti della decisione sulla base di «ragioni di certezza intesa come stabilità dei rapporti, di semplificazione amministrativa, di difficoltà di applicazione in concreto del principio del diritto enunciato e altro ancora (v. n. 50 delle sentenze)» (così G. Morbidelli, *Stesse spiagge, stessi concessionari?*, in Aa.Vv., *La proroga delle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, cit., p. 385 ss.).

[22] Punto 49 dell'Adunanza plenaria. Al riguardo v. anche il parere del 21 aprile 2021, reso dall'AGCM su richiesta del comune di Capri, in *Boll. AGCM* n. 17/2021, p. 13 ss.

[23] Legge 5 agosto 2022, n. 118, recante la «Legge annuale per il mercato e

ISBN 978-88-495-5171-6

© Edizioni Scientifiche Italiane

propone la consueta mappatura della situazione esistente e proroga nelle more l'efficacia delle concessioni demaniali e dei rapporti di gestione per finalità turistico-ricreative e sportive alla luce del *dictum* della Plenaria.

In particolare, l'art. 3, comma 1, della legge dispone che le concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative e sportive in essere continuano ad avere efficacia fino al 31 dicembre 2023. Il successivo comma 2 specifica che le concessioni demaniali affidate o rinnovate mediante procedure selettive pubbliche – che abbiano, cioè, garantito un'adeguata pubblicità e trasparenza nella procedura di individuazione del concessionario – continuano ad essere efficaci fino alla data di scadenza prevista dal titolo concessorio, anche qualora quest'ultima risulti successiva al termine del 31 dicembre 2023.

Più problematica è, invece, la previsione recata dal terzo comma della disposizione in esame[24], che dà la possibilità agli enti locali di prorogare l'efficacia delle concessioni demaniali marittime sino al 31 dicembre 2024, purché vi sia un contenzioso in atto o comunque ricorrano «difficoltà oggettive» nel portare a conclusione le gare nel termine stabilito, come, ad esempio, nell'ipotesi di carenza di personale o di adeguate risorse finanziarie.

La previsione di tale proroga, seppur non generalizzata ed adeguatamente motivata, potrebbe apparire in contrasto con i principi eurounitari recati dagli artt. 49 del TFUE e 12 della «direttiva servizi», nonché con i rilevi della Plenaria, secondo cui le concessioni demaniali marittime cesseranno al 31 dicembre 2023, «*nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento dell'UE*»[25].

la concorrenza 2021», pubblicata in G.U., Serie Generale n. 188 del 12 agosto 2022.

[24] Art. 3, comma 3: «In presenza di ragioni oggettive che impediscono la conclusione della procedura selettiva entro il 31 dicembre 2023, connesse, a titolo esemplificativo, alla pendenza di un contenzioso o a difficoltà oggettive legate all'espletamento della procedura stessa, l'autorità competente, con atto motivato, può differire il termine di scadenza delle concessioni in essere per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2024».

[25] *Ad finem* delle Adunanze plenarie nn. 17 e 18 del 2021.

© Edizioni Scientifiche Italiane
ISBN 978-88-495-5171-6

Il successivo art. 4, comma 1, della legge annuale sulla concorrenza delega il governo ad adottare, entro sei mesi dall'entrata in vigore della stessa legge, «uno o più decreti legislativi volti a riordinare e semplificare la disciplina in materia di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per finalità turistico-ricreative e sportive», nel rispetto dei principi e criteri direttivi analiticamente ivi elencati[26].

In particolare, l'art. 4, comma 2, della legge n. 118/2022 elenca i principi ed i criteri direttivi che, «anche in deroga al codice della navigazione»[27], dovranno guidare le procedure di selezione per le concessioni demaniali.

I nuovi affidamenti dovranno avvenire sulla base di procedure selettive nel rispetto dei principi di imparzialità, non discriminazione, parità di trattamento, massima partecipazione, trasparenza e adeguata pubblicità, da avviare con adeguato anticipo rispetto alla loro scadenza.

I requisiti di ammissione dovranno favorire la massima partecipazione delle imprese, anche di piccole dimensioni, e prevedere criteri premiali da applicare alla valutazione di offerte presentate da operatori economici in possesso della certificazione della parità di genere.

Dovrà essere previsto un termine, non inferiore a trenta giorni, per la ricezione delle domande di partecipazione e, nella scelta del concessionario, dovrà essere valorizzata l'esperienza tecnica e professionale già acquisita in relazione all'attività oggetto di concessione.

A ciò si aggiunga che la stessa legge, al fine di tutelare il legittimo affidamento dei concessionari che, confidando nelle proroghe legislative, abbiano effettuato investimenti proiettati nel futuro e

[26] Art. 4, commi 1 e 2, legge n. 118/2022.

[27] Occorre ricordare che l'art. 49 cod. nav. disponeva che «Salvo che 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 ordinarne la demolizione con la restituzione del bene demaniale nel pristino stato. In quest'ultimo caso, l'amministrazione, ove il concessionario non esegua l'ordine di demolizione, può provvedervi d'ufficio a termini dell'art. 54».

ISBN 978-88-495-5171-6

© Edizioni Scientifiche Italiane

non ancora ammortizzati[28], stabilisce che tali concessionari siano adeguatamente indennizzati.

Quindi, l'indizione delle gare per l'assegnazione delle concessioni balneari dovrà essere affiancata dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli investimenti effettuati dai concessionari uscenti, essendo tale previsione indispensabile per tutelare l'affidamento degli stessi.

Nello specifico, tale legge prevede, per i decreti delegati, la «definizione di criteri uniformi per la quantificazione dell'indennizzo da riconoscere al concessionario uscente, posto a carico del concessionario subentrante» (art. 4, comma 2, lett. i), la «revisione della disciplina del codice della navigazione al fine di adeguarne il contenuto ai criteri previsti dal presente articolo» (art. 4, comma 2, lett. m), e l'abrogazione espressa di «tutte le disposizioni con essi incompatibili», dettando «la disciplina di coordinamento in relazione alle disposizioni non abrogate o non modificate» (art. 4, comma 3).

In concreto, il diritto all'indennizzo dovrebbe comprendere non solo quanto realizzato da parte dei concessionari uscenti, ma anche l'avviamento aziendale di cui i nuovi concessionari potranno fruire, per non determinare una palese lesione del diritto di proprietà dell'azienda, intesa quale complesso di beni organizzati per l'esercizio dell'attività di impresa in cui è compreso anche l'avviamento.

Non a caso, l'avviamento è espressamente previsto nelle ipotesi di fine della locazione degli immobili adibiti ad uso commerciale ed artigianale[29], allo scopo di bilanciare l'incremento di valore del bene di proprietà altrui, ottenuto a seguito dell'impiego fattone, con la perdita subita dal conduttore sfrattato.

All'interno di questo non agevole contemperamento tra la tutela dell'affidamento e la libera concorrenza, tra la tutela delle imprese

[28] Per V. Cerulli Irelli, *Sul principio del legittimo affidamento*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2014, 255, l'affidamento del privato rileva unicamente laddove il contesto in cui si colloca la norma anteriore ed il suo contenuto siano tali da «indurre i destinatari a confidare nella stabilità nel tempo dell'"assetto regolatorio" a fronte del quale «l'intervento normativo incidente su di esso deve risultare sproporzionato». In dottrina, F. Armenante, *La non disciplina delle concessioni demaniali: dall'abrogazione dell'innaturale diritto di inesistenza alle plurime e asistematiche proroghe anticomunitarie*, in *Riv. giur. ed.*, n. 4/2020, p. 261 ss.

[29] Art. 34 della legge 27 luglio 1978, n. 392 (c.d. equo canone).

© Edizioni Scientifiche Italiane
ISBN 978-88-495-5171-6

balneari, spesso a carattere familiare[30], e l'apertura al mercato europeo, occorre segnalare l'ulteriore necessità, peraltro già evidenziata dalle Adunanze plenarie nn. 17 e 18 del 2021[31], di tenere in debito conto le peculiarità delle esigenze a carattere sociale (aree attrezzate per le colonie, spiagge libere, accesso al mare)[32] o storico-culturale[33] o, ancora, i luoghi di particolare pregio paesaggistico e/o ambientale, tali da consentirne la libera fruizione o, comunque, giustificare la sottrazione di alcune concessioni alle regole del mercato.

Da ultimo, l'ANAC, con l'atto di segnalazione n. 4 del 6 settembre 2022[34], evidenzia l'opportunità di richiamare nei futuri bandi

[30] M. Gola, *Il Consiglio di Stato, l'Europa e le "concessioni balneari": si chiude una – annosa – vicenda o resta ancora aperta?*, in Aa.Vv., *La proroga delle "concessioni balneari "alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, cit., 401 ss., osserva che «gli stabilimenti balneari spesso si identificano con il nome del titolare originario, trovando nella continuazione della gestione familiare un riscontro alla fidelizzazione che lega l'utente dei servizi offerti con quella località» (p. 412).

[31] Non a caso, le Adunanze plenarie nn. 17 e 18 del 2021 richiamano espressamente le peculiarità del settore: «*Con riferimento al "mercato" delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative, tali criteri* (indicativi di un interesse frontaliero certo) *devono evidentemente essere "adattati", tenendo conto della particolarità del settore di mercato che viene in considerazione*» (punto 16 del Cons. dir.).

[32] Non a caso, la legge annuale sulla concorrenza impone la determinazione di criteri omogenei nella individuazione delle aree suscettibili di affidamento, onde assicurare «l'adeguato equilibrio tra le aree demaniali in concessione e le aree libere o libere attrezzate, nonché la costante presenza di varchi per il libero e gratuito accesso e transito per il raggiungimento della battigia antistante l'area ricompresa nella concessione, anche al fine di balneazione» (art. 4, comma 2, lett. a). In tema, A. Lucarelli, *Crisi della democrazia e funzione sociale dei beni pubblici nella prospettiva costituzionale: verso i beni comuni*, in *Dir. soc.*, n. 3/2016, p. 483 ss.

[33] Sulla conservazione dei c.d. locali storici, Cons. St., Sez. V, 3 settembre 2018, n. 5157, annulla il diniego di rinnovo della concessione e la conseguente messa a gara in funzione del valore storico, culturale e identitario di celebri ristoranti di Milano.

[34] Atto di segnalazione dell'ANAC n. 4 del 6 settembre 2022, pubblicato sul sito dell'autorità anticorruzione del 26 settembre 2022, su cui R. Berloco, *Gare concessioni balneari, Anac propone il "bando unico"*, in *www.mondobalneare.com*, 6 ottobre 2022.

ISBN 978-88-495-5171-6
© Edizioni Scientifiche Italiane

l'applicazione del Codice dei contratti pubblici[35] relativamente alle ipotesi dei contratti misti di concessioni, ossia ai contratti di concessione di bene pubblico a cui accede anche una concessione di servizi o di lavori pubblici.

3. *Lo stato dell'arte*

Compito del governo che verrà sarà quello di riorganizzare l'istituto delle concessioni balneari alla luce della «direttiva servizi» e del *dictum* dell'Adunanza plenaria, previa liberalizzazione del mercato attraverso la rimozione degli ostacoli alla libera circolazione delle relative attività imprenditoriali.

Compito, questo, non facile, tenuto conto del bilanciamento degli interessi in gioco e della necessità di rispettare i principi di concorrenza e di libero accesso al mercato imposti dalla normativa unionale.

Una volta confermati i principi eurounitari della selezione dei concessionari mediante pubblica gara, sarà necessario scegliere dei criteri di selezione «*proporzionati, non discriminatori ed equi*»[36], privi, cioè, di automatismi tali da privilegiare i concessionari uscenti, ma comunque in grado di effettuare una corretta valutazione della «*capacità tecnica, professionale, finanziaria ed economica degli operatori*»[37], valorizzando «*l'esperienza professionale e il* know-how *acquisito da chi ha già svolto attività di gestione di beni analoghi (e, quindi, anche del concessionario uscente, ma a parità di condizioni con gli altri), anche tenendo conto della capacità di interazione del progetto con il complessivo sistema turistico-ricettivo del territorio locale*»[38].

Allo stato, in attesa dei decreti delegati di attuazione, occorre segnalare il rinvio pregiudiziale, ex art. 267 del TFUE, sollevato da parte del T.A.R. della Puglia, sede di Lecce, che, non condividendo i principi di diritto sanciti dalle sentenze gemelle, ha ritenuto di investire la Corte di giustizia, al fine di richiedere una pronuncia interpretativa al riguardo[39].

[35] D.ls. 18 aprile 2016, n. 50, come modificato dal d.ls. 19 aprile 2017, n. 56.
[36] Punto 49 delle Adunanze plenarie nn. 17 e 18/2021.
[37] *Ibidem.*
[38] *Ibidem.*
[39] T.A.R. Puglia, sede di Lecce, Sez. I, Rel. Pres. Pasca, ordinanza 11 maggio 2022, n. 743, su cui F. Tomasicchio, *La direttiva Bolkestein e la giurisprudenza*

© Edizioni Scientifiche Italiane
ISBN 978-88-495-5171-6

In particolare, il T.A.R. pugliese contesta la statuizione da parte del giudice nazionale «*relativa alla sussistenza, in via generale ed astratta, del requisito dell'interesse transfrontaliero certo riferito tout-court all'intero territorio nazionale ovvero se, viceversa, stante in Italia la competenza dei singoli comuni, tale valutazione non debba intendersi riferita al territorio costiero di ciascun comune e, quindi, riservata alla competenza comunale*»[40].

Effettivamente l'interesse frontaliero certo, esteso in via generale ed indiscriminata a tutte le concessioni balneari, sembra essere una forzatura, laddove anche per tali concessioni, così come per gli appalti, tale interesse andrebbe verificato caso per caso, tenendo conto delle situazioni specifiche e delle peculiarità del territorio[41].

D'altronde, la stessa sentenza *Promoimpresa*, da cui le sentenze gemelle hanno tratto spunto, richiama la necessità di accertare la sussistenza dell'interesse frontaliero certo in concreto, «*tenuto conto in particolare della situazione geografica del bene e del valore economico di tale concessione*»[42], tanto da dichiarare inammissibile la questione prospettata dal giudice del rinvio in quanto priva delle indicazioni degli elementi necessari per consentirne la valutazione.

Poiché non tutte le aree presentano le stesse caratteristiche, sarebbe opportuno privilegiare un sistema, che consenta di compiere scelte ponderate in relazione alle variegate realtà costiere del nostro paese[43].

amministrativa. A margine del rinvio pregiudiziale del T.A.R. per la Puglia di Lecce, in *Giustamm*, n. 6/2022. Con tale ordinanza il T.A.R. pugliese solleva nove quesiti pregiudiziali, riproponendo sostanzialmente l'impostazione seguita dalla propria decisione n. 73 del 15 gennaio 2021, già annullata dalle sentenze gemelle. Secondo tale giurisprudenza, peraltro minoritaria in dottrina, la «direttiva servizi» non avrebbe il carattere *self-executing*, per cui non sarebbe suscettibile di diretta ed immediata applicazione. Cfr. anche le precedenti decisioni dello stesso T.A.R. del 27 novembre 2020, n. 1321, 1322 e 1341, con nota critica di E. Chiti, *False piste: il T.A.R. Lecce e le concessioni demaniali marittime*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, p. 801.

[40] Così il quesito pregiudiziale n. 7 del T.A.R. pugliese, mentre con il successivo quesito n. 8 contesta anche il requisito della limitatezza delle risorse e concessioni disponibili riferite tout-court all'intero territorio nazionale.

[41] R. Caranta, *op. cit.*, p. 1206.

[42] P. 67 della cit. sentenza *Promoimpresa*.

[43] M. Conticelli, *Il regime del demanio marittimo in concessione per finalità turistico-ricreative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4/2020, p. 1069 ss.

ISBN 978-88-495-5171-6

© Edizioni Scientifiche Italiane

4. *Conclusioni*

La questione del
tà turistico-ricreativ
governance multiliv
livelli istituzionali c
vole bilanciamento a
mensionalità degli in
concessione e, sopra
e peculiare rendono
zioni[44].

La vicenda, infat
sforzo profuso dall
querelle.

In disparte le am
quisito dell'interesse
della illegittimità di
delle concessioni ba
to, mediante apposi

In ogni caso, è au
che, pur nel rispetto
disciplina unionale

[44] G.M. Salerno, C
ricerca di soluzioni per

© Edizioni Scientifiche It

4. *Conclusioni*

La questione delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative rappresenta icasticamente l'inefficienza della *governance* multilivello, incapace, in caso di conflitto tra i diversi livelli istituzionali competenti pro-quota, di trovare un ragionevole bilanciamento all'infuori delle sedi giurisdizionali: la multidimensionalità degli interessi in gioco, la specificità del bene e della concessione e, soprattutto, la necessità di una disciplina particolare e peculiare rendono difficile, se non arduo, trovare adeguate soluzioni[44].

La vicenda, infatti, non può dirsi certo conclusa, nonostante lo sforzo profuso dalle Adunanze plenarie per porre fine all'annosa *querelle*.

In disparte le ambiguità delle sentenze gemelle in merito al requisito dell'interesse frontaliero certo, restano acquisiti il principio della illegittimità di ulteriori proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni balneari e la necessità di aprire le stesse al mercato, mediante apposita gara, previa scelta di idonei criteri selettivi.

In ogni caso, è auspicabile un intervento del legislatore delegato che, pur nel rispetto del diritto europeo, riesca a bilanciare la rigida disciplina unionale con i rilevanti interessi nazionali.

[44] G.M. Salerno, *Conclusioni*, in A. Cossiri (a cura di), *Coste e diritti. Alla ricerca di soluzioni per le concessioni balneari*, cit., p. 317 ss.

© Edizioni Scientifiche Italiane ISBN 978-88-495-5171-6