**Le concessioni demaniali marittime: una fine o un inizio?** **correzioni di rotta e nuovi approdi[[1]](#footnote-1)\***

**SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Il quadro normativo. 3. Le sentenze dell’adunanza plenaria del Consiglio di Stato 9 novembre 2021, nn. 17 e 18.** **4. La nuova chiamata in causa della CGUE.** **5. Il nuovo panorama normativo.** **6. La situazione conseguente. 6. Considerazioni. 7. Conclusioni. 8. Turbolenze dietro l’angolo.**

**1. Introduzione.**

Il tema delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative è “bollente”. Non per il sole o le alte temperature di questa eccezionale estate, ma per tre ordini di ragioni: a) la mia partecipazione nel collegio delle cosiddette sentenze gemelle dell’adunanza plenaria del Consiglio di Stato (9 novembre 2021, nn. 17 e 18), il che non mi consente di poterne parlare con distacco; b) la pendenza del giudizio innanzi alla Corte di giustizia dell’Unione europea (CGUE), a seguito dell’ordinanza di remissione del Tar Puglia, sezione staccata di Lecce, 11 maggio 2022, n. 743, e di quello innanzi alle sezioni unite della Corte di Cassazione, a seguito dell’impugnazione delle due dette sentenze per difetto di giurisdizione; c) le prossime elezioni politiche, dato che il tema è uno di quelli oggetto di campagna elettorale.

Cercherò comunque di mettere a fuoco quelli che sono, secondo me, gli snodi rilevanti e gli approdi temporanei della tematica, individuando soprattutto la situazione attuale.

Una fine o un inizio?

Né l’uno né l’altro. Direi una specie di telenovela a puntate (che non delude mai gli spettatori, anzi li incentiva a seguire sempre di più le puntate successive) e che, incominciata da oltre dieci anni, è lungi dal concludersi. Non si è ancora arrivati a soluzioni certe, mentre, dietro l’angolo, si intravedono problemi di nuovo tipo. Nello stesso tempo si prospettano nuovi scenari e gli approdi sono ancora lontani.

**2. Il quadro normativo.**

Secondo il codice civile il lido del mare e la spiaggia fanno parte del demanio pubblico. In quanto tali sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano (artt., rispettivamente, 822, comma primo, e 823, comma primo, c.c.). Riforme successive hanno poi trasferito il tutto alle regioni.

La normativa europea di interesse è data dagli artt. 49 e 56 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE), i quali, rispettivamente, prevedono i divieti alle restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi[[2]](#footnote-2).

Uno dei principi del TFUE è quello della tutela della concorrenza e del libero accesso ai mercati. Tutti gli operatori economici devono potere liberamente accedere ai relativi mercati e, conseguentemente, vanno soppresse eventuali barriere in entrata. Anche l’utilizzo dei beni pubblici da parte di soggetti privati costituisce un mercato, data la rilevanza economica della relativa attività.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato sulle concessioni dei beni pubblici segue questa impostazione. Ossia, indipendentemente dalla previsione di normative specifiche o anche in mancanza di queste, l’amministrazione, prima di concedere in uso esclusivo un bene pubblico e di consentire un’attività di rilievo economico, oltre che di procurare a sé stessa un’entrata, è tenuta a seguire una procedura di evidenza pubblica per la scelta del soggetto al quale attribuire la concessione.

In tema di attività di servizi rileva la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno 12 dicembre 2006, n. 2006/123/CE, cosiddetta Bolkestein, la quale, all’art. 12, prevede 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.*

*3. Fatti salvi il paragrafo 1 e gli articoli 9 e 10, gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario*”.

La direttiva è stata recepita dal d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, che riprende il contenuto del citato art. 12 della stessa nell’art. 16, dal titolo “*Selezione tra diversi candidati*”.

La normativa interna ha disposto varie volte, e continuativamente, la proroga delle concessioni demaniali marittime in essere. Si tratta di tre provvedimenti legislativi, a partire dall’art. 1, comma 18, del d.l. 30 dicembre 2009, n. 194 (così detto decreto “mille proroghe”, convertito, con modificazioni, dalla l. 26 febbraio 2010, n 25) e a finire con l’art. 1, commi 682 e 683, della l. 30 dicembre 2018, n. 145 (legge finanziaria per il 2019). La prima proroga inizialmente fino al 31 dicembre 2012 e l’ultima fino al 31 dicembre 2033, ininterrottamente.

A lungo andare la situazione non poteva reggere date anche le plurime procedure di infrazione messe in moto dalla Commissione europea[[3]](#footnote-3). In proposito va ricordato come l’art. 1, comma 18, del d.l. n. 194/2009 venne emanato proprio al fine di far chiudere la procedura di infrazione all’epoca pendente. Disponendo la soppressione del diritto di insistenza, di cui all’art. 37, secondo comma, secondo periodo, del codice della navigazione - che tra l’altro era stato già da tempo disapplicato dalla giurisprudenza amministrativa perché ritenuto contrastante con normativa europea direttamente applicabile - preannunciando la revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico-ricreative da realizzare, quanto ai criteri e alle modalità da seguire nell’espletamento delle gare per l’affidamento delle nuove concessioni, sulla base di intesa in Conferenza unificata e nel rispetto dei principi del TFUE, nonché prorogando al 31 dicembre 2012 le concessioni in essere in scadenza[[4]](#footnote-4).

In sostanza il procedimento di revisione del quadro normativo in materia, preannunciato legislativamente oltre dieci anni fa, non è mai avvenuto. Malgrado le rassicurazioni date al riguardo in Europa e le varie procedure di infrazione iniziate.

Nel panorama del diritto europeo interviene intanto la sentenza della CGUE, sez. V, 14 luglio 2016, n. 458, cosiddetta sentenza Promoimpresa, la quale afferma che:

“*1) L'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, deve essere interpretato nel senso che 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.*

*2) L'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo.*

Secondo la Corte, quindi, la direttiva servizi si applica anche alle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative con riguardo all’obbligo dell’evidenza pubblica per la scelta del concessionario e l’art. 49 del TFUE vieta la proroga automatica delle dette concessioni sempreché le stesse abbiano “un interesse transfrontaliero certo”.

Va ricordato che i principi affermati dalle sentenze della CGUE costituiscono, insieme ai regolamenti, ai principi del Trattato e alle direttive dettagliate e incondizionate, diritto europeo immediatamente applicabile negli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Con il conseguente obbligo di disapplicare la normativa interna contrastante, non solo da parte del giudice, ma anche della pubblica amministrazione. Con l’ulteriore conseguenza sulla patologia dei provvedimenti amministrativi che, se conformi alla normativa interna che però è in contrasto con la normativa europea direttamente applicabile, sono illegittimi.

Non si applica invece il codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che, all’art. 4, con riguardo all’affidamento dei contratti attivi, esclusi dal relativo ambito di applicazione oggettiva, richiama tuttavia l’applicazione dei principi del TFUE.

**3. Le sentenze dell’adunanza plenaria del Consiglio di Stato 9 novembre 2021, nn. 17 e 18.**

Questa, in linea di massima e per approssimazione, la situazione esistente nel momento in cui l’adunanza plenaria del Consiglio di Stato si è pronunciata con le sentenze nn. 17 e 18 del 2021, di identico tenore.

La prima peculiarità consiste nella circostanza che l’adunanza plenaria è stata investita direttamente dal Presidente del Consiglio di Stato (con decreto n. 160/2021), in applicazione dell’art. 99, comma 2, del c.p.a. che consente allo stesso e prima della decisione, su richiesta delle parti o d’ufficio, di “*deferire all’adunanza plenaria qualunque ricorso, per risolvere questioni di massima di particolare importanza*”[[5]](#footnote-5).

I principi di diritto affermati sono i seguenti:

“*1. Le norme legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative - compresa la moratoria introdotta in correlazione con l'emergenza epidemiologica da Covid-19 dall'art. 182, comma 2, d.l. n. 34/2020, convertito in legge n. 77/2020 - sono in contrasto con il diritto eurounitario, segnatamente con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE. Tali norme, pertanto, non devono essere applicate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione”.*

La plenaria si conforma alla sentenza della CGUE Promoimpresa.

“*2. Ancorché siano intervenuti atti di proroga rilasciati dalla P.A. (e anche nei casi in cui tali siano stati rilasciati in seguito a un giudicato favorevole o abbiamo comunque formato oggetto di un giudicato favorevole) deve escludersi la sussistenza di un diritto alla prosecuzione del rapporto in capo gli attuali concessionari. Non vengono al riguardo in rilievo i poteri di autotutela decisoria della P.A. in quanto l'effetto di cui si discute è direttamente disposto dalla legge, che ha nella sostanza legificato i provvedimenti di concessione prorogandone i termini di durata. La non applicazione della legge implica, quindi, che gli effetti da essa prodotti sulle concessioni già rilasciate debbano parimenti ritenersi tamquam non esset, senza che rilevi la presenza o meno di un atto dichiarativo dell'effetto legale di proroga adottato dalla P.A. o l'esistenza di un giudicato. Venendo in rilievo un rapporto di durata, infatti, anche il giudicato è comunque esposto all'incidenza delle sopravvenienze e non attribuisce un diritto alla continuazione del rapporto.*

*3. Al fine di evitare il significativo impatto socio-economico che deriverebbe da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere, di tener conto dei tempi tecnici perché le amministrazioni predispongano le procedura di gara richieste e, altresì, nell'auspicio che il legislatore intervenga a riordinare la materia in conformità ai principi di derivazione europea, le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere continuano ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023, fermo restando che, oltre tale data, anche in assenza di una disciplina legislativa, esse cesseranno di produrre effetti, 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'U.E.*

Di seguito i passaggi rilevanti delle due sentenze.

a) Affermazione dei principi europei di tutela della concorrenza (e del conseguente obbligo dell’evidenza pubblica) e della libera circolazione.

b) Esistenza di un interesse transfrontaliero certo con riguardo alle spiagge italiane (così come le aree lacuali e fluviali).

E qui un primo dubbio consegue nell’avere quasi presunto in maniera assoluta, indipendentemente da un accertamento in concreto, l’esistenza dell’interesse transfrontaliero certo. Ma si veda quanto detto sub d).

c) Conseguente applicazione degli artt. 49 e 56 del TFUE.

d) L'obbligo dell’evidenza pubblica discende, comunque, dall'applicazione dell'art. 12 della direttiva 2006/123, la quale prescinde dal requisito dell'interesse transfrontaliero certo.

e) Le concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative rientrano nel campo di applicazione della detta direttiva, come già affermato dalla GGUE con la sentenza Promoimpresa, che ha demandato al giudice nazionale solo il compito di accertare il requisito della scarsità della risorsa naturale.

f) Le concessioni di beni demaniali per finalità turistico-ricreative rappresentano autorizzazioni di servizi ai sensi dell'art. 12 della direttiva c.d. servizi, come tali sottoposte all'obbligo di gara.

Il che è stato affermato dalla sentenza Promoimpresa.

g) Nel settore delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative, le risorse naturali a disposizione di nuovi potenziali operatori economici sono scarse, in alcuni casi addirittura inesistenti, perché è stato già raggiunto il - o si è molto vicini al - tetto massimo di aree suscettibile di essere date in concessione.

Anche qui un dubbio può conseguire dall’avere presunto il requisito della scarsità delle risorse, a prescindere da situazioni concrete in cui, ad esempio, l’offerta potrebbe essere superiore alla domanda e quindi non comportare siffatto requisito.

h) L’art. 12 della detta direttiva contiene una normativa *self-executing*, come affermato già dalla CGUE con la sentenza Promoimpresa. Esso è applicabile al rilascio e al rinnovo delle concessioni demaniali marittime, con conseguente incompatibilità comunitaria, anche sotto tale profilo, della disciplina nazionale che prevede la proroga automatica e generalizzata delle concessioni già rilasciate.

i) L’'obbligo di non applicare la legge anticomunitaria grava in capo all'apparato amministrativo, anche nei casi in cui il contrasto riguardi una direttiva *self-executing*.

Il che costituisce principio pacifico nella giurisprudenza della CGUE a partire dagli anni ’80, e quindi da circa quaranta anni[[6]](#footnote-6). E anche della Corte Costituzionale, a partire dalla sentenza 8 giugno 1984, n. 170 - costantemente ripresa da successive sentenze - secondo cui il compito di far prevalere il diritto comunitario sulle leggi interne non le compete siccome compito del giudice comune.

l) L’intervallo temporale per l'operatività degli effetti della decisione della Plenaria può essere congruamente individuato al 31 dicembre 2023. Scaduto tale termine, tutte le concessioni demaniali in essere dovranno considerarsi prive di effetto, indipendentemente da se via sia - o meno - un soggetto subentrante nella concessione.

E qui la plenaria, con la rimodulazione degli effetti dell’annullamento giurisdizionale, risolve - anche se non lo esprime - innanzitutto un problema pratico di non poca importanza. Quello della rilevanza penale dell’occupazione abusiva del demanio marittimo, punito dall’art. 1161, comma primo, del cod. nav. con l’arresto fino a sei mesi o con l’ammenda fino a euro 516, sempre che il fatto non costituisca un più grave reato. Annullando con effetti *ex tunc* le concessioni demaniali prorogate si sarebbe immediatamente verificata la fattispecie di reato in caso di continuazione nell’occupazione.

Poi l’ulteriore problema della previsione di una *deadline* per consentire nel frattempo lo svolgimento delle gare.

Per il resto l’adunanza plenaria non ha fatto altro che ribadire principi affermati da tempo dalla giurisprudenza della CGUE, della Corte Costituzionale e del giudice amministrativo.

**4. La nuova chiamata in causa della CGUE.**

Il Tar Puglia, sezione staccata di Lecce, con l’ordinanza 11 maggio 2022, n. 743, non concorda con il percorso argomentativo e le conclusioni dell’adunanza plenaria, e chiama di nuovo in causa la CGUE.

Si premette che:

- la giurisprudenza del T.A.R. Puglia – Sezione di Lecce (tra le tante, T.A.R. Puglia – Sezione di Lecce n. 71/2021) ha ritenuto di escludere la natura auto-esecutiva della direttiva Bolkestein;

- la quale è una direttiva di armonizzazione e non di liberalizzazione.

Si argomenta, quindi, che la direttiva Bolkestein si sarebbe dovuta approvare all’unanimità e non a maggioranza, ex art. 115 del TFUE.

Si pongono, poi, alla CGUE i seguenti quesiti:

1) se la direttiva 2006/123 c.d. Bolkestein risulti valida e vincolante per gli Stati membri o se invece risulti invalida in quanto – trattandosi di direttiva di armonizzazione - adottata solo a maggioranza invece che all’unanimità, in violazione dell’art 115 T.F.U.E.;

2) se la direttiva 2006/123 presenti o meno oggettivamente e astrattamente i requisiti minimi di sufficiente dettaglio della normativa e di conseguente assenza di spazi discrezionali per il legislatore nazionale tali da potersi ritenere la stessa auto-esecutiva e immediatamente applicabile;

3) qualora ritenuta la direttiva 2006/123 non self-executing, se risulti compatibile con i principi di certezza del diritto l’effetto di mera esclusione o di disapplicazione meramente ostativa della legge nazionale anche nell’ipotesi in cui non risulti possibile per il giudice nazionale il ricorso all’interpretazione conforme ovvero se invece, in siffatta ipotesi, non debba o possa trovare applicazione la legge nazionale, ferme restando le specifiche sanzioni previste dall’ordinamento unionale per l’inadempimento dello Stato nazionale rispetto agli obblighi derivanti dalla adesione al Trattato (art. 49), ovvero derivanti dalla mancata attuazione della direttiva (procedura di infrazione);

4) se l’efficacia diretta dell’art. 12, paragrafi 1, 2, 3, della direttiva 2006/123 equivalga al riconoscimento della natura self-executing o immediata applicabilità della direttiva medesima ovvero se, nell’ambito di una direttiva di armonizzazione quale quella in esame (“*si deve ritenere che gli artt. da 9 a 13 della direttiva provvedano ad una armonizzazione esaustiva*…” ex sentenza c.d. Promoimpresa), debba intendersi come prescrizione per lo Stato nazionale di adottare misure di armonizzazione non generiche, ma vincolate nel loro contenuto;

5) se la qualificazione di una direttiva come auto-esecutiva o meno e, nel primo caso, la disapplicazione meramente ostativa della legge nazionale possa o debba ritenersi di esclusiva competenza del giudice nazionale (al quale sono all’uopo attribuiti specifici strumenti di supporto interpretativo quali il ricorso al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ovvero al giudizio di legittimità costituzionale) ovvero anche del singolo funzionario o dirigente di un comune;

6) qualora invece ritenuta la direttiva 2006/123 self-executing, premesso che l’art. 49 del TFUE risulta ostativo alla proroga automatica delle concessioni-autorizzazioni demaniali marittime ad uso turistico ricreativo solo “*nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo*”, se la sussistenza di tale requisito costituisca o meno un presupposto necessario anche con riferimento all’applicazione dell’art. 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva Bolkestein;

7) se risulti coerente rispetto ai fini perseguiti dalla direttiva 2006/123 e dallo stesso art. 49 del TFUE una statuizione da parte del giudice nazionale relativa alla sussistenza, in via generale e 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;

8) se risulti coerente rispetto ai fini perseguiti dalla direttiva 2006/123 e dallo stesso art. 49 del TFUE una statuizione da parte del giudice nazionale relativa alla sussistenza, in via generale e astratta, del requisito della limitatezza delle risorse e delle concessioni disponibili 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;

9) qualora in astratto ritenuta la direttiva 2006/123 self-executing, se tale immediata applicabilità possa ritenersi sussistere anche in concreto in un contesto normativo – come quello italiano – nel quale vige l’art. 49 cod. nav. (che prevede che all’atto di cessazione della concessione “*tutte le opere non amovibili restano acquisite allo Stato senza alcun compenso o rimborso*”) e se tale conseguenza della ritenuta natura self-executing o immediata applicabilità della direttiva in questione (in particolare con riferimento a strutture in muratura debitamente autorizzate ovvero a concessioni demaniali funzionalmente collegate ad attività turistico ricettiva, come hotel o villaggio) risulti compatibile con la tutela di diritti fondamentali, come il diritto di proprietà, riconosciuti come meritevoli di tutela privilegiata nell’ordinamento dell’U.E. e nella Carta dei Diritti Fondamentali.

Si tratta di problematiche inerenti la natura della direttiva Bolkestein e la sua applicazione alla fattispecie, nonché l’applicazione dei principi del TFUE, che in parte hanno già trovato soluzione dalla CGUE con la sentenza Promoimpresa. E dell’individuazione dell’interesse transfrontaliero certo e del carattere scarso delle risorse, che dall’adunanza plenaria vengono dati quasi per scontati.

Oltre che della questione inerente la disapplicazione del diritto interno in contrasto con il diritto europeo non solo da parte del giudice ma anche dell’amministrazione, ormai consolidata nella soluzione da parte della giurisprudenza sia della CGUE che della Corte Costituzionale.

**5. Il nuovo panorama normativo.**

Intanto il panorama normativo è cambiato per effetto della l. 5 agosto 2022, n. 118, dal titolo “*Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*” (in vigore dal 27 agosto 2022).

Si prevede l’adozione di un decreto legislativo per la così detta mappatura, ossia “*per la costituzione e il coordinamento di un sistema informativo di rilevazione delle concessioni di beni pubblici al fine di promuovere la massima pubblicità e trasparenza, anche in forma sintetica, dei principali dati e delle informazioni relativi a tutti i rapporti concessori, tenendo conto delle esigenze di difesa e sicurezza*” (art. 2).

Si prescrive la continuazione dell’efficacia sino al 31 dicembre 2023 delle concessioni in essere demaniali marittime, lacuali e fluviali per l'esercizio delle attività turistico-ricreative e sportive, con possibilità di differimento non oltre il 31 dicembre 2024 con atto motivato dell’autorità competente e in pendenza di un contenzioso o di difficoltà oggettive legate all’espletamento delle gare (art. 3).

Si prevede l’adozione di uno o più decreti legislativi **-** per i quali sono prescritti anche l’intesa in sede di Conferenza unificata, nonché i pareri del Consiglio di Stato e delle Commissioni parlamentari **-** nel rispetto di vari principi e criteri direttivi, tra cui, di rilievo:

*“…b) affidamento delle concessioni sulla base di procedure selettive, nel rispetto dei princìpi di imparzialità, non discriminazione, parità di trattamento, massima partecipazione, trasparenza e adeguata pubblicità, da avviare con adeguato anticipo rispetto alla loro scadenza;*

*c) in sede di affidamento della concessione, e comunque nel rispetto dei criteri previsti dal presente articolo, adeguata considerazione degli investimenti, del valore aziendale dell'impresa e dei beni materiali e immateriali, della professionalità acquisita anche da parte di imprese titolari di strutture turistico-ricettive che gestiscono concessioni demaniali, nonché valorizzazione di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori, della protezione dell'ambiente e della salvaguardia del patrimonio culturale;…*

*5) valorizzazione e adeguata considerazione, ai fini della scelta del concessionario:*

*5.1) dell'esperienza tecnica e professionale già acquisita in relazione all'attività oggetto di concessione, secondo criteri di proporzionalità e di adeguatezza e, comunque, in maniera tale da non precludere l'accesso al settore di nuovi operatori;*

*5.2) della posizione dei soggetti che, nei cinque anni antecedenti l'avvio della procedura selettiva, hanno utilizzato una concessione quale prevalente fonte di reddito per sé e per il proprio nucleo familiare, nei limiti definiti anche tenendo conto della titolarità, alla data di avvio della procedura selettiva, in via diretta o indiretta, di altra concessione o di altre attività d'impresa o di tipo professionale del settore;*

*6) previsione di clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato nell'attività del concessionario uscente, nel rispetto dei princìpi dell'Unione europea e nel quadro della promozione e garanzia degli obiettivi di politica sociale connessi alla tutela dell'occupazione, anche ai sensi dei princìpi contenuti nell'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006;*

*7) previsione della durata della concessione per un periodo non superiore a quanto necessario per garantire al concessionario l'ammortamento e l'equa remunerazione degli investimenti autorizzati dall'ente concedente in sede di assegnazione della concessione e comunque da determinare in ragione dell'entità e della rilevanza economica delle opere da realizzare, con divieto espresso di proroghe e rinnovi anche automatici;*

*f) definizione di criteri uniformi per la quantificazione di canoni annui concessori che tengano conto del pregio naturale e dell'effettiva redditività delle aree demaniali da affidare in concessione, nonché dell'utilizzo di tali aree per attività sportive, ricreative, sociali e legate alle tradizioni locali, svolte in forma singola o associata senza scopo di lucro, ovvero per finalità di interesse pubblico;*

*…i) definizione di criteri uniformi per la quantificazione dell'indennizzo da riconoscere al concessionario uscente, posto a carico del concessionario subentrante;…*”.

Ricapitolando i punti essenziali:

a) cessazione dell’efficacia delle concessioni in essere al 31 dicembre 2023 o, in via eccezionale, al 31 dicembre 2024;

b) espletamento delle gare per l’affidamento delle nuove concessioni;

c) rispetto dei principi del TFUE a tutela della concorrenza, ai fini della scelta del concessionario;

d) considerazione delle professionalità acquisite nel settore, degli investimenti effettuati e riconoscimento di un indennizzo a favore del concessionario uscente posto a carico del concessionario subentrante.

**6. La situazione conseguente.**

Ormai le sentenze gemelle dell’adunanza plenaria del Consiglio di Stato mantengono solo un’importanza storica e di studio, dato che la nuova disciplina di settore è ora contenuta nella l. n. 118/2022 e sarà dettagliata dai decreti legislativi emanati in attuazione della stessa. È evidente che le pronunce del Consiglio di Stato sono state l’occasione per procedere finalmente alla revisione della relativa disciplina. Ma discutere sulla conformità al diritto europeo dell’interpretazione data dal Consiglio di Stato è ormai operazione sterile.

Allo stesso modo delle varie critiche alle sentenze gemelle:

a) l’adunanza plenaria si è sostituita al legislatore.

Accade invece spesso che la legge recepisca i principi affermati dalla giurisprudenza amministrativa. Ne è un esempio emblematico la legge sul procedimento amministrativo (l. 7 agosto 1990, n. 241);

b) l’adunanza plenaria avrebbe dovuto rimettere alla CGUE la questione di validità della direttiva Bolkestein.

Ma le sentenze gemelle si sono poste espressamente il problema della natura giuridica della direttiva Bolkestein e l’hanno risolta;

c) si tratta di una decisione politica.

Le decisioni amministrative possono avere un impatto sulla politica e non per questo costituiscono decisioni politiche.

Il fatto è che, come già detto, la plenaria non ha inventato nulla.

Il problema dell’applicazione o meno della direttiva Bolkestein alle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative e quello della sua natura autoesecutiva divengono irrilevanti una volta che la disciplina è stata fissata dal diritto interno.

Come era già irrilevante l’incasellamento nell’ambito delle concessioni di beni o di servizi ai fini dell’esigenza dell’evidenza pubblica per scegliere il concessionario, una volta che, in caso di concessioni di beni pubblici, si sarebbero comunque dovuti applicare il principio di tutela della concorrenza e i suoi corollari affermati dal TFUE, oppure, in caso di concessione di servizi, le procedure stabilite dalla direttiva Bolkestein. Egualmente la proroga automatica delle concessioni di cui trattasi, disposta dalla legge, sarebbe stata in ogni caso in contrasto con i principi del Trattato a tutela della concorrenza; tutta normativa europea direttamente applicabile nell’ordinamento giuridico degli Stati membri, con il conseguente obbligo di disapplicazione (in capo al giudice e alla pubblica amministrazione) del diritto interno in contrasto.

La differenza non aveva rilievo già da prima della sentenza della CGUE Promoimpresa, in quanto la giurisprudenza nazionale aveva già largamente aderito all'interpretazione dell'art. 37 cod. nav. nel senso dell'esperimento della selezione pubblica nel rilascio delle concessioni demaniali marittime, derivante dall'esigenza di applicare le norme conformemente ai principi comunitari in materia di libera circolazione dei servizi, di *par condicio*, di imparzialità e di trasparenza; essendo pacifico che tali principi si applicano anche a materie diverse dagli appalti, in quanto riconducibili ad attività suscettibili di apprezzamento in termini economici[[7]](#footnote-7).

Come già detto, allorquando non si tratti di acquisire un servizio e prevalga la sola concessione del bene pubblico in una tipica manifestazione di contratto attivo, il relativo affidamento deve avvenire “*nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica*”, ai sensi dell’art. 4 del d.lgs. n. 50/2016, che afferma i principi relativi all'affidamento dei contratti pubblici esclusi dall’applicazione del codice; ossia attraverso l’evidenza pubblica.

**6. Considerazioni.**

La contrapposizione tra la tutela degli investimenti e l’apertura del mercato costituisce un problema atavico. È vero, il mercato non può essere chiuso all’entrata di nuovi operatori del settore e se ci sono delle barriere all’ingresso le stesse vanno rimosse. Tutto condivisibile al di là di ogni ragionevole dubbio.

Ma allo stesso modo va tutelata anche la situazione di coloro i quali hanno investito, sostenuto ingenti spese, migliorata la situazione e la fruibilità dei luoghi, creato occupazione, incentivato il turismo, confidando tra l’altro su norme di legge statale che hanno disposto la proroga delle concessioni in titolarità. Senza pensare che in alcuni casi il rilascio della concessione è intervenuto a distanza di anni dalla relativa domanda e alcune volte anche a seguito di contenzioso instaurato innanzi al giudice amministrativo.

Per cui occorre trovare, da parte del legislatore, il giusto equilibrio tra le due esigenze.

Costituisce problema ormai risolto da oltre quarant’anni quello della primazia del diritto europeo e dell’applicazione diretta dei principi europei di libertà di stabilimento e di concorrenza.

Il diritto europeo stravolge i connotati degli istituti giuridici di diritto interno. Si pensi a quanto accaduto con riguardo alla cosiddetta concessione di committenza nel campo dei lavori pubblici, laddove si pensava che, essendo oggetto della stessa la traslazione di funzioni pubbliche, ossia di quelle inerenti il compito di stazione appaltante, la scelta del concessionario non dovesse rispettare l’obbligo dell’evidenza pubblica. A un certo punto l’impostazione pragmatica del diritto europeo ha portato al disconoscimento di una siffatta figura, equiparando, a fini di disciplina, l’appalto alla concessione e considerando come unico tipo di concessione quella di costruzione e gestione.

Lo stesso è accaduto con riguardo all’applicazione della direttiva Bolkestein alle concessioni di cui trattasi, laddove la CGUE ha considerato nello specifico preminente l’attività di servizi svolta da un soggetto per effetto di un provvedimento di contenuto autorizzativo dell’amministrazione, anche non necessariamente denominato “autorizzazione” (istituto questo, nel diritto interno, diverso da quello della concessione).

Il che non è senza ripercussioni su esigenze di certezza del diritto. Ma ormai, in un ordinamento stratificato quale è il nostro in virtù dell’adesione all’Unione europea, occorre convivere con le antinomie e soprattutto escogitare strumenti efficaci che consentano di superarle o di risolverle.

Il settore delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico ricreative è di fondamentale importanza per l’economia e per il turismo del Paese. E la legge sulla concorrenza è una riforma chiave del piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR). Ecco il perché dell’accelerazione dell’emanazione della disciplina al riguardo. Per ottenere i fondi europei occorre liberalizzare, eliminare barriere all’entrata ed effettuare le gare per l’affidamento delle nuove concessioni. È il PNRR la vera spinta di tutto e non le sentenze gemelle dell’adunanza plenaria.

I problemi si sarebbero dovuti risolvere in via prioritaria da parte della politica, che non ha fatto altro che procrastinare le diverse criticità emerse da tempo a livello europeo con ripetute norme di proroga. L’inidoneità delle soluzioni e il fallimento della politica si ripercuote sul giudice amministrativo, al quale viene passato “il cerino acceso”. Ma dal giudice, nella specie l’adunanza plenaria del Consiglio di Stato, non si può pretendere di sbrogliare una simile matassa di problemi, data la competenza primaria del legislatore al riguardo.

I problemi del settore andavano risolti a livello europeo a monte dell’emanazione della direttiva Bolkestein, evidenziando la peculiarità della situazione delle coste italiane (oltre 8.300 km, in gran parte balneabili per vari mesi all’anno) rispetto a quelle di molti altri Paesi dell’Unione. Così che le mancanze a livello ascendente si ripercuotono sul livello discendente, in ambito applicativo di una disciplina europea unica che non prevede eccezioni malgrado le diversità geografiche e territoriali degli Stati membri.

Una volta che si arriva alle disposizioni contenute nell’art. 12 della direttiva Bolkestein è difficile prendere una direzione diversa da quella seguita dall’adunanza plenaria.

Unico dubbio potrebbe essere quello del requisito della “*scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili*”, richiesto dal paragrafo 1 dell’art. 12 della detta direttiva e ritenuto dalla plenaria sempre presente nelle concessioni di cui trattasi. Mentre l’ulteriore requisito dell’“interesse transfrontaliero certo” è richiesto dalla CGUE con la sentenza Promoimpresa e con riguardo all’art. 49 del TFUE, ma non dall’art. 12 della detta direttiva.

**7. Conclusioni.**

Ora tutto si sposta sui contenuti della l. n. 118/2022 e sulla sua attuazione, visto che molti dei criteri di delega sono clausole in bianco, che vanno riempite anche in funzione di bilanciamento equilibrato dei vari interessi in gioco. Ad esempio, i criteri sulla determinazione dell’indennizzo a carico del nuovo concessionario da corrispondere a quello uscente potranno incidere notevolmente sulla partecipazione alle gare; limitandola o ampliandola.

Il rischio è che la nuova normativa, di cui agli emanandi decreti legislativi, non risolva i problemi con una effettiva apertura del mercato, salvaguardando eccessivamente posizioni di vantaggio precostituite; andando così di nuovo in contrasto col diritto europeo e, in particolare, con i principi inerenti la tutela della concorrenza. E quindi si possa aprire una nuova fase di sindacato della conformità della nuova disciplina al diritto europeo o anche alla Costituzione, ad esempio in tema di riparto di competenze legislative tra Stato e regioni.

A questo punto è evidente che, in tema di concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, non siamo né alla fine né tanto meno all’inizio.

Preso atto di correzioni di rotta ci si augura di nuovi approdi. Ossia di un percorso legislativo che possa portare, nei tempi previsti e una volta per tutte, all’attuazione del principio di tutela della concorrenza da una parte e nello stesso tempo, dall’altra, a garantire gli investimenti effettuati - legittimamente, a seguito di leggi statali di proroga che li hanno consentiti - il lavoro e l’occupazione, oltre che la giusta reddittività (finora molto esigua) del patrimonio pubblico con la previsione di canoni adeguati. Senza dimenticare esigenze connesse all’uso ottimale di beni che sono pur sempre pubblici e alla protezione del paesaggio e dell’ambiente.

**8. Turbolenze dietro l’angolo.**

Dietro l’angolo si intravedono turbolenze:

a) la scadenza ravvicinata per l’adozione dei decreti legislativi di attuazione della l. n. 118/2022 (sei mesi dall’entrata in vigore della legge e quindi entro il 27 febbraio 2023);

b) lo spettro della riduzione dei fondi europei del PNRR stanziati per l’Italia in caso di mancata attuazione nei termini del d.lgs. n. 118/2022;

c) i tempi stretti per lo svolgimento delle gare e la loro conclusione entro il 31 dicembre 2023 o, in via eccezionale, il 31 dicembre 2024;

d) il contenzioso che si accompagna in maniera endemica a ogni procedura di evidenza pubblica;

e) la pretesa di nuove competenze nell’ambito dell’attuazione della delega. Già l’Anac invoca il suo coinvolgimento in caso di contratti misti di concessioni, laddove al contratto di concessione di bene pubblico acceda anche una concessione di servizi o di lavori pubblici, per la redazione di bandi tipo in funzione delle gare da svolgersi e in tema di vigilanza collaborativa sulla effettuazione delle stesse, sebbene alle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative non si applica il codice dei contratti pubblici[[8]](#footnote-8).

Si tratta di tentativo di allargamento di poteri o di giusta rivendicazione di competenze?;

f) la pendenza alla CGUE della questione sulla compatibilità europea dell’art. 49 del cod. nav.[[9]](#footnote-9), rimessa dalla sez. VII del Consiglio di Stato con l’ordinanza 15 settembre 2022, n. 8010.

Sembra la quadratura del cerchio ma occorre provarci. A meno che il contesto normativo non venga di nuovo modificato o rinviato. Ma a questo punto senza il consenso dell’Europa sarà molto difficile progredire. Mi pare però certo che non si possa più tornare indietro nel senso auspicato dal Tar di Lecce.

**Carmine Volpe**

Presidente di Sezione del Consiglio di Stato

Pubblicato il 21 novembre 2022

1. \* Lo scritto è lo svolgimento della relazione tenuta al convegno, dal titolo “Le concessioni demaniali marittime: una fine o un inizio?”, svoltosi a Maruggio il 16 settembre 2022, dove il sottoscritto ha presieduto la seconda sessione del pomeriggio. Contiene anche le ulteriori considerazioni esposte al convegno, dal titolo “Concessioni demaniali. Correzioni di rotta e nuovi approdi”, svoltosi a Salerno il 1° ottobre 2022, dove il sottoscritto ha presieduto e concluso. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ai sensi dell’art. 49 TFUE “*Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate*”. L’art. 56 TFUE prevede che “*Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione*”. [↑](#footnote-ref-2)
3. La Commissione europea, nella procedura di infrazione 2008/4908, aveva rilevato che la Repubblica italiana, prevedendo un diritto di preferenza a favore del concessionario uscente nell'ambito della procedura di attribuzione delle concessioni del demanio pubblico marittimo, sarebbe venuta meno agli obblighi che le incombono ai sensi dell'art. 49 del TFUE e dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE. L’ultima procedura di infrazione è stata notificata dall’UE a dicembre 2020. [↑](#footnote-ref-3)
4. Questo il testo originario dell’art. 1, comma 18, del d.l. n. 194/2019: “*Ferma restando la disciplina relativa all'attribuzione di beni a regioni ed enti locali in base alla legge 5 maggio 2009, n. 42, nonché alle rispettive norme di attuazione, nelle more del procedimento di revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico-ricreative, da realizzarsi, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento di tali concessioni, sulla base di intesa in sede di Conferenza Stato-regioni ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, che è conclusa nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di garanzia dell'esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti, nonché in funzione del superamento del diritto di insistenza di cui all'articolo 37, secondo comma, secondo periodo, del codice della navigazione, che è soppresso dalla data di entrata in vigore del presente decreto, il termine di durata delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto e in scadenza entro il 31 dicembre 2012 è prorogato fino a tale data*”. [↑](#footnote-ref-4)
5. Eguale possibilità non è consentita alle sezioni del Consiglio di Stato, le quali possono rimettere il ricorso all'esame dell'adunanza plenaria solo in caso di contrasto giurisprudenziale, esistente o potenziale (art. 99, comma 1, c.p.a.). Si tratta all'evidenza di un vuoto normativo, dato che medesime esigenze non possono non consentire anche alla sezione di rimettere in plenaria questioni di massima di particolare importanza. [↑](#footnote-ref-5)
6. Secondo CGUE 22 giugno 1989, n. 103, “*… qualora sussistano i presupposti necessari, secondo la giurisprudenza della Corte, affinché le disposizioni di una direttiva siano invocabili dai singoli dinanzi ai giudici nazionali, tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali, come i comuni, sono tenuti ad applicare le suddette disposizioni*”. Nella medesima sentenza si ricorda che “*nelle sentenze 19 gennaio 1982 ( Becker, causa 8/81, Racc . pag . 53, in particolare pag . 71 ) e 26 febbraio 1986 ( Marshall, causa 152/84, Racc . pag . 737, in particolare pag . 748), la Corte abbia considerato che in tutti i casi in cui alcune disposizioni di una direttiva appaiano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, i singoli possono farle valere dinanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato, sia che questo non abbia recepito tempestivamente la direttiva nel diritto nazionale sia che l'abbia recepita in modo inadeguato*”. [↑](#footnote-ref-6)
7. In tal senso, infatti, si è espresso, già da tempo risalente, il Consiglio di Stato, ritenendo applicabili i detti principi “*anche alle concessioni di beni pubblici, fungendo da parametro di interpretazione e limitazione del diritto di insistenza di cui all'art. 37 del codice della navigazione*", sottolineandosi, in particolare, che "*la sottoposizione ai principi di evidenza trova il suo presupposto sufficiente nella circostanza che con la concessione di area demaniale marittima si fornisce un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai ricordati principi di trasparenza e non discriminazione*” (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168 e, nello stesso senso, in epoca più recente, Cons. Stato, sez. VI, 31 gennaio 2017, n. 394), segnalando l'esigenza di un’effettiva e adeguata pubblicità per aprire il confronto concorrenziale su un ampio ventaglio di offerte (cfr., in epoca ancora antecedente e in via generale, Cons. Stato, sez. VI, 15 febbraio 2002, n. 934). [↑](#footnote-ref-7)
8. Segnalazione dell’Anac n. 4 del 6 settembre 2022. [↑](#footnote-ref-8)
9. Secondo l’art. 49 del cod. nav., “*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*”. [↑](#footnote-ref-9)