

## APPENDICE

*Beniamino Caravita di Toritto e Giuseppe Carlomagno*

### LA PROROGA EX LEGE DELLE CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME. TRA TUTELA DELLA CONCORRENZA ED ECONOMIA SOCIALE DI MERCATO. UNA PROSPETTIVA DI RIFORMA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Dalla Direttiva Bolkestein alla sentenza della Corte di Giustizia C-458/14 e C-67/15 del 14.7.2016. – 3. Gli effetti della sentenza della Corte di Giustizia sulla normativa italiana. – 4. La disapplicazione della normativa interna per contrasto con il diritto eurolunitario. Sulla sentenza del Consiglio di Stato n. 7874/2019. – 5. La posizione minoritaria del Tar Lecce. – 6. La rimessione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. Decreto n. 160 del 24 maggio 2021. – 7. La sentenza n. 10/2021 della Corte costituzionale. – 8. La procedura di infrazione della Commissione europea del 3 dicembre 2020. – 9. Conclusioni.

#### 1. *Introduzione*

Riferendosi alla materia delle concessioni marittime, la dottrina ha operato una curiosa similitudine con la «*sindrome di Loch Ness*» a testimonianza “*che la materia è caratterizzata da un’alternanza di situazioni di placida calma seguite da periodi di allarmata tensione, che in breve tempo si riducono ad un nuovo periodo di serena calma*”<sup>1</sup>.

In Italia – 7.600 km di coste e 62 milioni di turisti all’anno – le concessioni marittime assumono una importanza del tutto peculiare. 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*”<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> G. MARCHEGIANI, *Le concessioni demaniali marittime e la sindrome di Loch Ness*, in *www.giustamm.it*, n. 10/2015 così come riportato in C. BENETTAZZO, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell’affidamento*, in *Federalismi*, n. 25 /2016, 4.

<sup>2</sup> G. CARULLO, A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime nel mercato europeo*

Negli anni si è sviluppato un intenso dibattito, dottrinale e giurisprudenziale, circa le modalità di affidamento delle concessioni, la loro durata, i rapporti tra vecchi concessionari e aspiranti subentranti. Dibattito provocato da una normativa nazionale molto spesso risalente (e da una significativa ritrosia del legislatore nazionale ad una organica riforma del settore), nonché dai più recenti interventi ad opera del legislatore europeo, concretizzatisi – come si vedrà – nella direttiva Bolkestein del 2006 e poi rafforzati nella sentenza della Corte di Giustizia del 14 luglio 2016 (cause riunite C-458/14 e C-67/15).

Dopo la sentenza della Corte di Giustizia “Promoimpresa” del 2016, il dibattito ha assunto una improvvisa accelerazione; da una parte la giurisprudenza (costituzionale, amministrativa, civile) ha appalesato la necessità di uniformarsi quanto prima ai principi di concorrenzialità, tutelati con particolare sollecitudine dall’Unione Europea. Dall’altra si sono registrate posizioni di maggiore attendismo da parte del legislatore nazionale che ha operato “chirurgicamente” nella materia con continue proroghe automatiche disposte a favore dei precedenti gestori.

L’influenza eurounitaria sulle concessioni marittime costituisce l’oggetto della prima sezione del presente contributo.

Nel prosieguo, si darà conto della normativa nazionale di recepimento e della consistenza delle iniziative con cui il legislatore nazionale ha inteso uniformarsi ai principi eurounitari, avuto particolare riguardo alla l. n. 145/2018 e alla recentissima normativa emergenziale.

Si procederà in seguito ad una rapida rassegna degli orientamenti giurisprudenziali dei Tribunali Amministrativi Regionali e del Consiglio di Stato succedutisi negli anni (sino al recentissimo deferimento all’Adunanza Plenaria di talune rilevanti questioni in materia di concessioni balneari), con un apposito *focus* sulla particolare posizione espressa di recente dalla Corte costituzionale<sup>3</sup>.

Nelle conclusioni, si esporranno taluni spunti su un tentativo concreto di riforma del settore che – anche sulla base dei principi eurounitari – sappia coniugare i due principi fondamentali contenuti nell’art. 3, comma 2, TUE della concorrenzialità e della economia sociale di mercato.

*dei servizi: la rilevanza del contesto locale e le procedure di aggiudicazione in Federalismi*, n. 26/2020, 25.

<sup>3</sup> *Dossier sulle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo* a cura di Marta Ferrara, Gianlorenzo Ioannides e Giuliano Vosa in *www.federalismi.it*;

## 2. Dalla Direttiva Bolkestein alla sentenza della Corte di Giustizia C-458/14 e C-67/15 del 14.7.2016

Le concessioni demaniali marittime sono concessioni amministrative aventi ad oggetto l'occupazione e l'uso – dietro la corresponsione di un canone concessorio – di beni appartenenti al demanio necessario dello Stato ai sensi dell'art. 822 c.c.<sup>4</sup>.

La disciplina delle concessioni demaniali marittime è contenuta nel codice della navigazione (R.D. 30 marzo 1942 n. 327) – articoli 28 e seguenti – nonché nel Regolamento per la navigazione marittima (artt. 5-58).

L'art. 36 del citato codice della navigazione statuisce che l'amministrazione marittima può concedere – compatibilmente con le esigenze dell'uso pubblico – l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di beni demaniali e di zone di mare territoriale per un periodo di tempo.

Nel più ampio *genus* delle concessioni demaniali marittime rientrano le c.d. concessioni ad uso turistico ricreativo, disciplinate dall'art. 01 del d.l. n. 400/1993.

Più nel dettaglio, la concessione dei beni demaniali marittimi può essere rilasciata, oltre che per servizi pubblici e per servizi e attività portuali e produttive, per l'esercizio delle seguenti attività a scopo turistico ricreativo: a) gestione di stabilimenti balneari; b) esercizi di ristorazione e somministrazione di bevande, cibi precotti e generi di monopolio; c) noleggio di imbarcazioni e natanti in genere; d) gestione di strutture ricettive ed attività ricreative e sportive; e) esercizi commerciali; f) servizi di altra natura e conduzione di strutture ad uso abitativo, compatibilmente con le esigenze di utilizzazione di cui alle precedenti categorie di utilizzazione.

<sup>4</sup> Sul regime giuridico applicabile ai beni pubblici del demanio, tra gli altri: A.M. SANDULLI, voce *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, 1959, V, 277 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova 1983; ID., voce *Beni pubblici*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino 1987, 273 ss.; ID., *I beni pubblici nel codice civile: una classificazione in via di superamento*, Milano 1989; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, 46° ed., Padova 2013, 593 e ss.; G. PALMA, *Il regime giuridico della proprietà pubblica*, Torino 1999; M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano 2004; F. CARINGELLA, L. BUFFONI, *Manuale di Diritto Civile*, 10<sup>a</sup> ed., Dike, 2020, 141 e ss.; A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di Diritto Privato*, 24<sup>a</sup> ed., Milano 2019; N. CENTOFANTI, *I beni pubblici: tutela amministrativa e giurisdizionale*, Milano 2007, 58 e ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. II, 15<sup>a</sup> ed., Napoli 1989, 761; M. DUGATO, *Il regime dei beni pubblici: dall'appartenenza al fine*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano 2008, 21-22.

A ben vedere, secondo le norme contenute nel Codice della navigazione e nel d.l. n. 400/1993, la gestione delle concessioni demaniali marittime è stata governata da un ristretto numero di principi.

In primo luogo, il legislatore nazionale ha sempre accordato una posizione privilegiata al titolare della concessione (c.d. diritto di insistenza). Nella medesima direzione, la normativa nazionale ha previsto periodi molto estesi della concessione (sino a venti anni) e regimi di proroghe automatiche<sup>5</sup>.

Come notato in dottrina: *“una volta acquisito il titolo demaniale marittimo, la durata del rapporto concessorio era, di fatto, rimessa alle scelte del privato, al quale l’art. 37, c. 2 del Codice di navigazione garantiva, in sede di rinnovo del titolo, il cosiddetto “diritto di insistenza” assicurando al suo titolare la preferenza rispetto agli altri aspiranti concessionari”*<sup>6</sup>.

Il legislatore nazionale si è tuttavia dovuto confrontare negli anni con i principi eurounitari, sempre più orientati verso la difesa della concorrenzialità e il necessario espletamento di procedure comparative tra gli aspiranti concessionari<sup>7</sup>.

In tal senso, la Direttiva 2006/123/CE (c.d. Direttiva Bolkestein) ha avuto un impatto rilevante e dirompente nella materia<sup>8</sup>.

In particolare l’art. 12 della citata Direttiva prevede che *«qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda,*

<sup>5</sup> Ai sensi dell’art. 3, co 4-*bis*, del d.l. n. 400/1993: *“Le concessioni di cui al presente articolo possono avere durata superiore a sei anni e comunque non superiore a venti anni in ragione dell’entità e della rilevanza economica delle opere da realizzare e sulla base dei piani di utilizzazione delle aree del demanio marittimo predisposti dalle regioni”*.

<sup>6</sup> E. AJMAR, P. MAFFEI, *Concessioni balneari: si naviga a vista. Uno studio di caso in Federalismi*, n. 18/2020, 9-25.

<sup>7</sup> Sul tema A. LUCARELLI, B. DE MARIA, M.C. GIRARDI (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime, Principi Costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, in *Quaderni della Rassegna di diritto pubblico europeo*, Napoli 2021 7,.

<sup>8</sup> *Ex multibus*, S. D’ACUNTO, *Direttiva servizi (2006/123/CE). Genesi, obiettivi e contenuto*, Milano 2009; G. RIZZO, *La concessione di servizi*, Torino 2012; A. NEGREL- LI, *Accesso al mercato e autorizzazioni amministrative nazionali*, Milano 2016; C. BENE- TAZZO, S. GOBBATO, *Concessioni balneari in Italia e Direttiva 2006/123/EC, nel contesto europeo*, Parlamento europeo, 2017, in [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596809/IPOL\\_STU\(2017\)596809\\_IT.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596809/IPOL_STU(2017)596809_IT.pdf); S. SQUAZZONI, *Il regime di proroga delle concessioni demaniali marittime non resiste al vaglio della Corte di giustizia*, in *Riv. della regolazione dei mercati*, 2, 2016, 166-168.

*in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento» (par. 1).*

Sempre l'art. 12 prevede che, in tali casi, *«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» (par. 2).*

Dunque, la direttiva – pur non riferendosi espressamente alle concessioni marittime ma al più ampio “genus” delle autorizzazioni – impone che le autorizzazioni ai privati, per lo svolgimento di attività “limitate dalla scarsità delle risorse naturali”, debbano essere concesse previa procedura di selezione tra gli aspiranti, governata dai principi di trasparenza e pubblicità, escludendo al contempo la possibilità di proroghe automatiche al prestatore uscente.

Dopo la direttiva Bolkestein la Commissione Europea ha avviato una procedura di infrazione (la n. 2008/4908) nei confronti dell'Italia, il cui regime – come visto – prevedeva rinnovi (pressoché automatici) ai precedenti gestori e non già procedure di evidenza pubblica. La Commissione si è soffermata in particolare sull'art. 37, comma 2, secondo periodo, cod. nav. che – nella formulazione all'epoca vigente – prevedeva il cosiddetto diritto di insistenza del concessionario “uscente” stabilendo testualmente che: *«[...] È altresì data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze [...]».*

Il legislatore, nelle more di una preannunciata riforma del settore delle concessioni, con l'articolo 1, comma 18, del d.l. del 30 dicembre 2009, n. 194, ha abrogato l'art. 37 del Codice della Navigazione, disponendo tuttavia una generale proroga delle concessioni in essere fino al 31 dicembre 2015<sup>9-10</sup>.

<sup>9</sup> *«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, (...) il termine di durata delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto e in scadenza entro il 31 dicembre 2015 è prorogato fino a tale data».*

<sup>10</sup> Per completezza si segnala che con l'art.11 della l. 15 dicembre 2011, n. 217 (Di-

Dunque il legislatore si è uniformato ai principi europei ridimensionando la portata del diritto di insistenza del precedente concessionario; nondimeno ha comunque proseguito con proroghe automatiche ai medesimi concessionari, seppure limitate nel tempo.

La disposizione soprarichiamata è stata ulteriormente modificata dall'articolo 34-*duodecies* del d.l. del 18 ottobre 2012, n. 179 che ha disposto una ulteriore proroga delle concessioni sino al 31 dicembre 2020<sup>11</sup>.

La novellata normativa nazionale è stata sottoposta al vaglio della Corte di Giustizia a seguito di rinvii pregiudiziali del Tar Lombardia e del Tar Sardegna, disposti con decisioni, rispettivamente, del 5 marzo 2014 e del 28 gennaio 2015.

In particolare, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla portata dell'art. 12 della direttiva Bolkestein e sulla compatibilità, o meno, delle proroghe delle concessioni demaniali sino al 2020 rispetto ai principi della libertà di stabilimento, di non discriminazione e di tutela della concorrenza<sup>12</sup>.

sposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – Legge comunitaria 2010), il legislatore ha abrogato l'art. 1, c. 2 del d.l. n. 400 del 1993, che prevedeva che le concessioni demaniali marittime avessero una durata di sei anni e fossero automaticamente rinnovate alla scadenza per ulteriori sei anni, a mera richiesta del concessionario.

<sup>11</sup> «... il termine di durata delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto e in scadenza entro il 31 dicembre 2015 è prorogato fino al 31 dicembre 2020 (...)».

<sup>12</sup> Come precisato di recente dal Tar Toscana nella sentenza n. 363/2021: «Prima ancora della nota sentenza della Corte di Giustizia del 14 luglio 2016 la giurisprudenza aveva già largamente aderito all'interpretazione dell'art. 37 cod. nav. che privilegia l'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, derivanti dalla direttiva 123/2016, essendo pacifico che tali principi si applicano anche a materie diverse dagli appalti, in quanto riconducibili ad attività, suscettibile di apprezzamento in termini economici (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 una effettiva ed adeguata pubblicità per aprire il confronto concorrenziale su un ampio ventaglio di offerte (cfr., in epoca ancora antecedente ed in via generale, Cons. Stato, Sez. VI, 15 febbraio 2002 n. 934)».

Con sentenza n. 458 del 14.7.2016<sup>13-14</sup> la Corte di Giustizia ha affermato, in primo luogo, che le concessioni demaniali marittime a uso turistico-ricreativo rientrano nel campo di applicazione della suindicata direttiva (la Bolkestein), restando rimessa al giudice nazionale la sola valutazione circa la natura “scarsa” o meno della risorsa naturale attribuita in concessione. In particolare, la Corte ha ritenuto che le concessioni marittime dovessero essere considerate come «autorizzazioni», ai sensi delle disposizioni della direttiva 2006/123/CE, qualunque sia la loro qualificazione nel diritto nazionale.

Di conseguenza la Corte ha dichiarato illegittimo un regime di proroga *ex lege* delle concessioni aventi ad oggetto risorse naturali scarse, regime ritenuto equivalente al rinnovo automatico delle concessioni in essere, espressamente vietato dall'art. 12 della direttiva.

Così testualmente la Corte di Giustizia: “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”<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Di seguito il quesito formulato dal Tar Lombardia nel rinvio pregiudiziale «I principi della libertà di stabilimento, di non discriminazione e di tutela della concorrenza, di cui agli articoli 49, 56, e 106 del TFUE, nonché il canone di ragionevolezza in essi racchiuso, ostano ad una normativa nazionale che, per effetto di successivi interventi legislativi, determina la reiterata proroga del termine di scadenza di concessioni di beni del demanio marittimo, lacuale e fluviale di rilevanza economica, la cui durata viene incrementata per legge per almeno undici anni, così conservando in via esclusiva il diritto allo sfruttamento ai fini economici del bene in capo al medesimo concessionario, nonostante l'intervenuta scadenza del termine di efficacia previsto dalla concessione già rilasciatagli, con conseguente preclusione per gli operatori economici interessati di ogni possibilità di ottenere l'assegnazione del bene all'esito di procedure ad evidenza pubblica?».

<sup>14</sup> Quesito formulato dal Tar Sardegna: “2) Se l'art[icolo] 12 della direttiva 2006/123/CE osti ad una disposizione nazionale, quale l'art[icolo] 1, comma 18 del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25, e successive modifiche ed integrazioni, che consente la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere per attività turistico-ricreative, fino al 31 dicembre 2015; ovvero fino al 31 dicembre 2020, ai sensi dell'art[icolo] 34- duodecies del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, inserito dall'articolo 1, comma 1, della legge 17 dicembre 2012, n. 221, di conversione del predetto decreto-legge».

<sup>15</sup> Sul tema L. DI GIOVANNI, *Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga ex lege*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4, 2016, 912-926.

La Corte ha anche affermato che, per le concessioni per le quali la direttiva Bolkstein non può trovare applicazione (ad esempio perché la risorsa oggetto di autorizzazione non è considerata “scarsa”), l’art. 49 del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea osta a una normativa nazionale, come quella italiana oggetto dei rinvii pregiudiziali, che consenta una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentino un interesse transfrontaliero certo<sup>16</sup>.

### 3. *Gli effetti della Sentenza della Corte di Giustizia sulla normativa nazionale*

La Corte di Giustizia ha espresso una posizione netta di critica alla normativa nazionale e di contrarietà assoluta al regime delle proroghe *ex lege* disposte in modo indiscriminato<sup>17</sup>. Ciò nonostante, non è intervenuta negli anni successivi al 2016 una riforma in grado di garantire la compatibilità della normativa interna con l’ordinamento unionale. Al contrario, approssimandosi la scadenza del 31 dicembre 2020<sup>18</sup>, con l’art. 1, commi 682, 683 e 684 della l. 145/2018 (Legge di bilancio 2019), il legislatore italiano ha prorogato di ulteriori 15 anni le concessioni demaniali marittime non ancora scadute, con rideterminazione del termine di scadenza al 31.12.2033.

Riproponendo lo schema degli anni precedenti, la citata legge ha preliminarmente imposto una generale revisione del sistema delle concessioni marittime secondo modalità e termini da adottarsi con successivo D.P.C.M.

<sup>16</sup> “Per quanto riguarda, anzitutto, l’esistenza di un interesse transfrontaliero certo, occorre ricordare che quest’ultimo deve essere valutato sulla base di tutti i criteri rilevanti, quali l’importanza economica dell’appalto, il luogo della sua esecuzione o le sue caratteristiche tecniche, tenendo conto delle caratteristiche proprie dell’appalto in questione (v., in tal senso, sentenze del 14 novembre 2013, *Belgacom*, C-221/12, EU:C:2013:736, punto 29 e giurisprudenza ivi citata, nonché del 17 dicembre 2015, *UNIS e Beaudout Père et Fils*, C-25/14 e C-26/14, EU:C:2015:821, punto 30)”.

<sup>17</sup> Per un’analisi comparata cfr. G. CERRINA FERONI, *La gestione del demanio costiero. Un’analisi comparata in Europa*, in *Federalismi*, n. 4/2020; A. LUCARELLI, B. DE MARIA, M.C. GIRARDI (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime, Principi Costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, in *Quaderni della Rassegna di diritto pubblico europeo*, 7, Napoli 2021.

<sup>18</sup> Termine fissato all’articolo 34 *duodecies* del D.L. del 18 ottobre 2012, n. 179.

Nel merito, ponendosi nel solco dei precedenti normativi del 2009 e del 2012, il legislatore ha autorizzato un regime di proroga *ex lege* delle concessioni in essere per ulteriori 15 anni<sup>19</sup>.

Ci si è chiesti sin da subito se la disciplina introdotta nel 2018 – disponendo ulteriori proroghe automatiche – fosse compatibile con la direttiva Bolkestein e con i principi giurisprudenziali espressi negli anni precedenti dalla Corte di Giustizia.

Interrogato sulla legittimità dei provvedimenti di proroga disposti in base alla legge 145/2018, il Consiglio di Stato con sentenza n. 7874/2019, sez. VI, ha confermato l'orientamento formatosi sulla scorta della sentenza della Corte di Giustizia del 2016 e ribadito il contrasto anche della nuova normativa interna con il diritto eurolunitario<sup>20</sup>.

La proroga sino al 2033 delle singole concessioni è stata ritenuta illegittima anche da svariati altri Tribunali Amministrativi Regionali (si segnalano in particolare, Tar Toscana n. 363/2021<sup>21</sup> su un ricorso promosso

<sup>19</sup> *“Procedendo con ordine, come appena accennato, dall'analisi delle disposizioni introdotte con l'art.1, commi 675 e ss., L. n. 145/018, si evince chiaramente il tentativo, rimasto parzialmente incompiuto, da parte dello Stato italiano di disciplinare la materia in conformità con il diritto dell'U.E. Infatti, dopo avere dedicato i primi sette commi a individuare i principi generali da seguire e sviluppare nell'apposito DPCM, frutto delle proposte del MIT, da redigere sentiti gli altri ministeri coinvolti, nei successivi commi 682, 683 e 684 il legislatore ha mostrato di perseverare nell'atteggiamento di fondo di fissazione automatica, ope legis, della durata, stabilendo che le concessioni “vigenti alla data di entrata in vigore della legge hanno una durata, con decorrenza dalla data di entrata in vigore, di anni quindici”.* D. DE CAROLIS, *Concessioni balneari marittime fino al 2033*, in [www.altalex.it](http://www.altalex.it).

<sup>20</sup> Così testualmente: *“alla luce del prevalente indirizzo giurisprudenziale, non è in alcun modo riscontrabile una proroga automatica ex lege di una concessione demaniale marittima. Ciò significa che anche la più recente proroga legislativa automatica delle concessioni demaniali in essere fino al 2033, provocata dall'articolo unico, comma 683, l. 30 dicembre 2018, n. 145 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021)”* – è coinvolta, con le conseguenze del caso, nel ragionamento giuridico sopra esposto e ciò, non solo perché detta disposizione rievoca norme nazionali già dichiarate in contrasto con l'ordinamento eurolunitario dalla corte di giustizia nel 2016 (determinando una giuridicamente improbabile reviviscenza delle stesse) ma, a maggior ragione, dopo il recente intervento della Corte di giustizia UE che, nella sentenza 30 gennaio 2018, causa C-360/15 Visser, ha esteso addirittura la platea dei soggetti coinvolti dalla opportunità di pretendere l'assegnazione della concessione demaniale solo all'esito dello svolgimento di una procedura selettiva”.

<sup>21</sup> *“Ne deriva che l'operatività delle proroghe disposte dal legislatore nazionale non può che essere esclusa in ossequio alla pronuncia del 2016 del giudice eurolunitario, come già stabilito dal Consiglio di Stato, sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874, con riferimento, sia alle proroghe disposte dall'art. 1, comma 18, d.l. n. 194/2009 e dall'art. 34-duodecies, d.l. 179/2012, e, a decorrere dal 1° gennaio 2013, dall'art. 1, comma 547, l. 24 dicembre 2012, n. 228, sia alla proroga legislativa automatica delle concessioni demaniali in essere fino al*

dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato contro il Comune di Piombino, Tar Pescara n. 40/2021, Tar Salerno n. 265/2020, Tar Catania n. 505/2021, Tar Veneto n. 218/2020).

Recentemente il Tar Campania, sezione di Salerno, con la sentenza n. 265 del 29 gennaio 2021, ha altresì affermato che la proroga delle concessioni demaniali, in assenza di gara, «*non può avere cittadinanza nel nostro ordinamento*», perché equivalente a un rinnovo automatico delle concessioni, ostativo a procedure selettive aperte e trasparenti.

La giurisprudenza – in modo pressoché unanime – ha dunque ritenuto ostativa al diritto eurounitario la proroga automatica delle concessioni sino al 2033.

Per completezza, occorre dare atto che durante la pandemia il legislatore è intervenuto nuovamente nella materia delle concessioni marittime, confermando ancora una volta il regime delle proroghe automatiche.

Da una parte con l’art. 100 del d.l. 14-8-2020 n. 104 la proroga di cui all’articolo 1, commi 682 e 683, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 è stata estesa anche alle concessioni lacuali e fluviali.

Sotto ulteriore profilo, con d.l. 19 maggio 2020, n. 34, il legislatore – richiamando la citata l. n. 145/2018 – ha confermato la possibilità per i concessionari che intendono proseguire la propria attività mediante l’uso di beni del demanio marittimo, lacuale e fluviale di chiedere l’estensione di quindici anni (e dunque sino al 1° gennaio 2034) delle vigenti concessioni<sup>22</sup>.

La medesima legge sancisce altresì l’impossibilità per le amministrazioni comunali di intraprendere o proseguire durante la pandemia le procedure di scelta dei nuovi concessionari, rafforzando così il regime delle proroghe automatiche.

Anche quest’ultima disposizione è stata ritenuta da una parte della giurisprudenza amministrativa elusiva dei principi eurounitari<sup>23</sup>.

2033, disposta dall’articolo unico, comma 683, l. 30 dicembre 2018, n. 145” Tar Toscana n. 363/2021.

<sup>22</sup> Cfr. sul punto E. CAVALIERI, *Le misure a sostegno della cultura e del turismo nella seconda fase dell’emergenza sanitaria*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 1, 30, secondo cui “Vi sono poi casi in cui l’emergenza sanitaria sembra ridursi a poco più di un pretesto per adottare norme di favore per gli operatori in ambiti “delicati”, come nel caso delle modifiche apportate in conversione del Decreto “Rilancio” all’art. 182, comma 2, D.L. n. 34 del 2020 in materia di concessione dei beni del demanio marittimo”.

<sup>23</sup> “Quanto alla disciplina di cui all’articolo 1 comma 1 legge 77 del 2020, pure invocata dal Comune resistente, che impedirebbe l’avvio dei procedimenti amministrativi per la devoluzione delle opere non amovibili delle concessioni scadute nonché di procedere a nuove as-

4. *La disapplicazione della normativa interna per contrasto con il diritto eurounitario. Sulla sentenza del Consiglio di Stato n. 7874/2019*

La citata sentenza del Consiglio di Stato n. 7874 del 2019 ha anche affrontato il tema delle modalità di risoluzione del contrasto tra normativa interna e normativa comunitaria, che si manifesta nell'emanazione di provvedimenti amministrativi illegittimi (le proroghe delle concessioni rilasciate dai singoli Comuni sulla base della l. n. 145/2018).

Come si è visto *supra*, infatti, in base alla normativa introdotta nel 2018, i Comuni avrebbero dovuto prorogare *ex lege* le concessioni sino al 2033.

Sul punto alcuni Comuni hanno applicato pedissequamente la normativa nazionale, disponendo proroghe automatiche sino al 2033; altre Amministrazioni hanno disapplicato la normativa nazionale sulla scorta dei principi unitari. In altre situazioni, i Comuni hanno dapprima disposto le proroghe, per poi tornare sui propri passi annullando in autotutela le precedenti determinazioni.

Ci si è chiesti se il potere/dovere di disapplicare la normativa interna contrastante con il diritto eurounitario incombesse anche sul funzionario amministrativo chiamato ad adottare i provvedimenti di proroga delle concessioni sulla base della l. n. 145/2018.

Sul punto il Consiglio di Stato ha ritenuto che “è ormai principio consolidato in giurisprudenza quello secondo il quale la disapplicazione

*segnazione mediante gara (stabilendo nelle more il pagamento del canone previsto negli atti di concessione), dalla data di entrata in vigore della medesima legge e per finalità di rilancio del settore turistico e di contenimento dei danni causati dall'emergenza Covid-19, appare sufficiente osservare che, in ogni caso, ove tale disciplina sia diretta, come appare, a conseguire comunque una proroga di fatto delle concessioni scadute – richiamando infatti anche espressamente l'articolo 1, commi 682 e seguenti, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 –, non potrebbe comunque seguire sorte diversa da tale ultima disciplina, e dunque, deve essere anch'essa disapplicata, anche d'ufficio dal Giudice (Consiglio di Stato sentenza 1219 del 2019, Cassazione sentenza 11934 del 1995; anche per scongiurare ulteriori procedure di infrazione nei confronti dello Stato di cui il Giudice è organo, cfr. Consiglio di Stato sentenza 7874 del 2019)” Tar Abruzzo (sezione staccata di Pescara) n. 40 del 3 febbraio 2021.*

Invero si segnalano due recentissime pronunce del giudizio amministrativo che hanno ritenuto legittime le proroghe riconosciute a cagione dell'emergenza pandemica (*Tar Abruzzo sentenza n. 231 del 23 aprile 2021, Tar Campania, ordinanza n. 768/2021 del 26 aprile*). In particolare, il Tar Campania in sede cautelare ha ritenuto come la proroga biennale disposta a favore del concessionario costituisce “applicazione di una normativa emergenziale, in giustificata e temporalmente limitata deroga agli ordinari principi di concorrenza, in considerazione degli effetti dell'attuale situazione sanitaria e del conseguente bilanciamento dei contrapposti interessi, così come definito dal legislatore nazionale”.

*(rectius, non applicazione) della norma nazionale confliggente con il diritto eurounitario, a maggior ragione se tale contrasto è stato accertato dalla Corte di giustizia UE, costituisca un obbligo per lo Stato membro in tutte le sue articolazioni e, quindi, anche per l'apparato amministrativo e per i suoi funzionari, qualora sia chiamato ad applicare la norma interna contrastante con il diritto eurounitario.*"

Cosicché per il Consiglio di Stato, il dovere di disapplicare la normativa interna sulle concessioni marittime per contrasto con il diritto eurounitario (e in particolare per contrasto con la sentenza del Corte di giustizia del 2016) incombe anche sull'apparato amministrativo e sui funzionari.

I Tribunali Amministrativi Regionali si sono uniformati – eccetto il Tar Lecce come si vedrà *infra* – alla posizione del Consiglio di Stato.

Da una parte i Tribunali Amministrativi hanno annullato le concessioni marittime prorogate sino al 2033, per diretto contrasto con la normativa comunitaria.

Dall'altra hanno statuito che anche gli apparati amministrativi sono obbligati alla disapplicazione della normativa nazionale di proroga delle concessioni demaniali per contrasto con la normativa eurounitaria (e con la sentenza della Corte di Giustizia del 2016).

Tra le tante, si segnalano tra le più recenti: Tar Toscana n. 363 dell'8 marzo 2021, su un ricorso promosso dall'AGCM<sup>24</sup>; Tar Sicilia, sez. distaccata di Catania, n. 505 del 15 febbraio 2021<sup>25</sup>; Tar Campania, nn. 1217 e 1218 del 23 febbraio 2021.

<sup>24</sup> L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nelle "Proposte di riforma concorrenziale, ai fini della Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza anno 2021" inviate di recente al Presidente del Consiglio dei Ministri ha rilevato che le proroghe *ex lege* delle concessioni, disposte in via generalizzata e per lunghi periodi di tempo, consentono ai concessionari di ricavarne ingiustificate rendite di posizione [...] Ciò posto l'AGCM propone l'abrogazione dell'articolo 1, commi 682, 683 e 684 della legge 30 dicembre 2018, n. 145, relativo alle proroghe delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative e di adottare in tempi brevi una nuova normativa che preveda l'immediata selezione dei concessionari in base a principi di concorrenza, imparzialità, trasparenza e pubblicità e di affidare anche la determinazione dei canoni concessori alla procedura competitiva per la selezione dei concessionari. L'Autorità propone altresì di modificare l'art. 45 bis del R.D. n. 327/1942 (Codice della Navigazione), limitando la possibilità delle sub-concessioni a casi eccezionali e per periodi determinati.

<sup>25</sup> La motivazione del rigetto del ricorso: "a) in un sistema di gerarchia delle fonti la norma sovraordinata prevale su quella subordinata; b) il diritto europeo – con i limiti a tutti noti – costituisce una fonte sovraordinata rispetto alla legge nazionale e il contrasto fra la norma primaria nazionale e quella europea vincolante impone di assegnare supremazia alla seconda, senza necessità del meccanismo previsto per l'ipotesi di previsione di legge contra-

### 5. La posizione minoritaria del Tar Lecce

Il TAR Puglia, sez. di Lecce, si è posto in controtendenza rispetto agli altri Tribunali Amministrativi Regionali, esprimendo una posizione isolata che vale la pena approfondire. Secondo il Tar Lecce innanzitutto non sarebbe configurabile un obbligo in capo all'Amministrazione di disapplicare la normativa interna sulla base di una sentenza interpretativa della Corte di Giustizia. Sotto ulteriore profilo, la direttiva Bolkestein non sarebbe *self-executing* e dunque su di essa prevarrebbe la normativa nazionale che consente le proroghe delle concessioni demaniali sino al 2033.

Più nello specifico, con le sentenze nn. 1321 e 1322 del 2020 il Tar Lecce ha annullato il diniego di proroga di una concessione, disposto da un Comune, ritenendo illegittimo il comportamento del funzionario amministrativo di disapplicazione della normativa nazionale in contrasto con una sentenza della Corte di Giustizia<sup>26</sup>; in particolare, la portata delle sentenze della Corte di Giustizia (quale ad esempio quella del 2016) sarebbe vincolante solo per il giudice, ma non già per l'apparato amministrativo.

E dunque, l'unica legge applicabile è quella interna e, di conseguenza, le amministrazioni – su istanza dei concessionari – sarebbero vincolate a disporre le proroghe automatiche sino al 2033<sup>27</sup>.

*stante con la Costituzione; c) il giudice, infatti, è tenuto a rimettere la questione alla Corte di Giustizia solo nel caso in cui dubiti che la disposizione interna configli con il diritto europeo, mentre, se tale dubbio non sussiste, è tenuto a disapplicare "sic et simpliciter" la norma nazionale; d) anche il funzionario pubblico, nel dare attuazione alla legge, deve applicare la fonte normativa prevalente e, quindi, nel contrasto fra diritto europeo immediatamente vincolante e disciplina nazionale, deve assegnare prevalenza al primo".*

<sup>26</sup> Tra i diversi motivi di diritto adottati, la ricorrente rileva che il provvedimento annullato d'ufficio risulterebbe supportato dall'erroneo convincimento del ritenere principio ormai consolidato in giurisprudenza quello secondo il quale "la disapplicazione della norma nazionale confliggente con il diritto dell'unione europea, a maggior ragione se tale contrasto sia stato accertato dalla Corte di Giustizia UE, costituisce un obbligo per lo stato membro in tutte le sue articolazioni e, quindi, anche per l'apparato amministrativo e per i suoi funzionari qualora sia chiamato ad applicare una norma interna contrastante con il diritto comunitario".

<sup>27</sup> Da ciò deriva "l'illegittimità degli impugnati provvedimenti sia con riferimento al diniego della proroga ex lege, sia con riferimento alla cd. proroga tecnica condizionata, dovendosi conseguentemente dichiarare il diritto della parte ricorrente di conseguire la proroga del titolo concessorio in essere per la durata prevista dalla legge nazionale n. 145/2018, ovvero fino al 31/12/2033, atteso che il diritto alla proroga risulta direttamente sancito dall'art. 1, commi 682 ss., della legge 145/2018" (T.A.R. Lecce, sent. n. 1321/2020).

Il Tar Lecce è ritornato sulle proroghe delle concessioni marittime anche nelle successive sentenze nn. 71, 72, 73, 74 e 75 del 15 gennaio 2021 e nella sentenza n. 268 del 15 febbraio 2021.

Nella sentenza da ultimo citata il TAR Lecce affronta in modo articolato il rapporto tra diritto interno e diritto unionale.

La posizione espressa dai giudici pugliesi è nel senso di non riconoscere alcuna natura autoesecutiva alla Direttiva Bolkestein<sup>28</sup>.

In assenza di una riforma complessiva delle norme nazionali vigenti (sulle modalità di espletamento della gara, sui requisiti di partecipazione, sulla durata delle concessioni, sulla composizione delle commissioni di gara, gli obblighi di pubblicità e trasparenza e così via) la normativa eu-rounitaria non sarebbe di immediata applicazione<sup>29</sup>.

In definitiva, l'unica normativa che possa applicarsi al caso di specie è quella nazionale (di proroga fino al 2033) *“attesa la prevalenza della legge nazionale sulla direttiva Bolkestein, che non è self-executing e pertanto non è suscettibile di diretta ed immediata applicazione per difetto dei presupposti, necessitando di apposita normativa nazionale attuativa e di riordino del settore e traducendosi in tal modo la disapplicazione in evidenza mera violazione della legge”*.

6. *La rimessione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. Decreto n. 160 del 24 maggio 2021*

Le sentenze rese dal Tar Lecce – analizzate nel paragrafo precedente – sono state appellate dinanzi al Consiglio di Stato.

Sugli orientamenti del Tar Lecce è attesa dunque la pronuncia di me-

<sup>28</sup> Come si legge testualmente nella sentenza n. 268/2015 *“Perché una direttiva possa ritenersi autoesecutiva debbono inverarsi due presupposti: 1) l'inutile decorso del termine di moratoria concesso dalla U.E. allo stato nazionale; 2) un contenuto normativo della direttiva specifico e compiuto che non lasci alcuna discrezionalità e alcuno spazio di intervento al legislatore nazionale, risultando tecnicamente idonea a regolare direttamente i rapporti tra privato e pubblica amministrazione e/o tra i privati”*. Nel caso di specie *“la direttiva servizi o Bolkestein non può qualificarsi come self-executing in quanto non possiede i requisiti oggettivi dell' auto-esecutività e non è pertanto – per quanto di seguito evidenziato – immediatamente applicabile, in assenza di una normativa nazionale di attuazione”*.

<sup>29</sup> Anche in dottrina si registrano posizioni critiche rispetto alla natura *self executing* della Bolkestein, e ad una giurisprudenza interna considerata estremamente rigida (cfr. G. DI PLINIO, *Il Mostro di Bolkestein in spiaggia. La “terribile” Direttiva e le concessioni balneari, tra gli eccessi del Judicial Italian Style e la crisi del federalizing process*, in *Federalismi*, n. 5/2020, 2-24).

rito del Consiglio di Stato, che sinora si era limitato a rigettare le istanze cautelari di sospensione dell'esecutività delle sentenze appellate per carenza di *periculum*.

Orbene, nel giudizio relativo all'appello avverso la sentenza n.73/2021 del Tar Lecce, il Presidente del Consiglio di Stato con Decreto n. 160 del 24 maggio 2021 ha deferito d'ufficio all'Adunanza Plenaria (udienza del 13 ottobre 2021) la *“questione della proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative”*<sup>30</sup>.

Come noto, ai sensi dell'art. 99, co. 2, del Codice del Processo Amministrativo *“Prima della decisione, il presidente del Consiglio di Stato, su richiesta delle parti o d'ufficio, può deferire all'adunanza plenaria qualunque ricorso, per risolvere questioni di massima di particolare importanza ovvero per dirimere contrasti giurisprudenziali”*.

In particolare, secondo il Presidente del Consiglio di Stato il rapporto tra le proroghe automatiche delle concessioni, contenute nell'art. 1, commi 682 e 683, della legge n. 145 del 2018 e nel d.l. 19 maggio 2020, n. 34, e il diritto unionale costituisce una questione *“di notevole impatto sistemico”*, avuto particolare riguardo *“alla doverosità, o no, della disapplicazione, da parte dello Stato in tutte le sue articolazioni, delle leggi statali o regionali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative”*.

Pertanto, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato dovrà statuire<sup>31</sup> se sia doverosa o meno la disapplicazione da parte della Repubblica italiana delle leggi statali e regionali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime e, in particolare, se l'obbligo di disapplicazione si estenda a tutte le articolazioni dello Stato membro ovvero sia riservato unicamente agli organi della giurisdizione nazionale.

<sup>30</sup> Cfr. sul punto R. DIPACE, *All'Adunanza plenaria le questioni relative alla proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative*, in [www.giustiziasieme.it](http://www.giustiziasieme.it).

<sup>31</sup> *“1) se sia doverosa, o no, la disapplicazione, da parte della Repubblica Italiana, delle leggi statali o regionali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative; in particolare, se, per l'apparato amministrativo e per i funzionari dello Stato membro sussista, o no, l'obbligo di disapplicare la norma nazionale confliggente col diritto dell'Unione europea e se detto obbligo, qualora sussistente, si estenda a tutte le articolazioni dello Stato membro, compresi gli enti territoriali, gli enti pubblici in genere e i soggetti ad essi equiparati, nonché se, nel caso di direttiva self-executing, l'attività interpretativa prodromica al rilievo del conflitto e all'accertamento dell'efficacia della fonte sia riservata unicamente agli organi della giurisdizione nazionale o spetti anche agli organi di amministrazione attiva”*.

Strettamente connessa al primo quesito è la questione – anch'essa sottoposta all'Adunanza Plenaria – circa le sorti delle proroghe disposte in contrasto con la normativa unionale<sup>32</sup>; sul punto l'Adunanza Plenaria dovrà statuire se dette proroghe debbano essere annullate d'ufficio e se l'obbligo di annullamento sussista anche per i provvedimenti di proroga su cui sia intervenuto *medio tempore* un giudicato favorevole.

Il Presidente del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza Plenaria anche una terza e ultima questione, relativa ai rapporti tra la normativa emergenziale "Covid-19" e l'art. 1, commi 682 e seguenti, della legge 30 dicembre 2018, n. 145.<sup>33</sup>

Dunque, il Presidente del Consiglio di Stato ha ritenuto che le tematiche affrontate dal Tar Lecce meritassero una pronuncia resa dall'Adunanza Plenaria, anche avuto riguardo alle recenti proroghe delle concessioni disposte durante la pandemia e ad un dibattito dottrinale e giurisprudenziale mai sopito.

Si tratta ovviamente di una pronuncia molto attesa che avrà un impatto notevole in materia, sia sotto il profilo dei rapporti tra la normativa interna e normativa unionale, sia sotto il profilo delle conseguenze derivanti da provvedimenti emessi dai funzionari amministrativi in evidente contrasto con la direttiva Bolkestein<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> "2) nel caso di risposta affermativa al precedente quesito, se, in adempimento del predetto obbligo disapplicativo, l'amministrazione dello Stato membro sia tenuta all'annullamento d'ufficio del provvedimento emanato in contrasto con la normativa dell'Unione europea o, comunque, al suo riesame ai sensi e per gli effetti dell'art. 21-octies della legge n. 241 del 1990 e s.m.i., nonché se, e in quali casi, la circostanza che sul provvedimento sia intervenuto un giudicato favorevole costituisca ostacolo all'annullamento d'ufficio".

<sup>33</sup> "3) se, con riferimento alla moratoria introdotta dall'art. 182, comma 2, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, come modificato dalla legge di conversione 17 luglio 2020, n. 77, qualora la predetta moratoria non risulti inapplicabile per contrasto col diritto dell'Unione europea, debbano intendersi quali «aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto» anche le aree soggette a concessione caduta al momento dell'entrata in vigore della moratoria, ma il cui termine rientri nel disposto dell'art. 1, commi 682 e seguenti, della legge 30 dicembre 2018, n. 145".

<sup>34</sup> A seguito della remissione all'Adunanza Plenaria, si segnalano alcune pronunce cautelari che statuiscono l'applicazione della normativa nazionale in attesa della pronuncia dell'Adunanza Plenaria sulla compatibilità con il diritto eurounitario delle proroghe *ex lege* ed in particolare Cons. Stato, sez. V, ord. 9/06/2021, n. 2997, T.A.R. Abruzzo, Pescara, ord. 14/06/2021, n. 129, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II bis, ord. 18/06/2021, n. 3443.

## 7. La sentenza n. 10/2021 della Corte costituzionale

Nella materia delle concessioni demaniali marittime è intervenuta negli anni anche la Corte costituzionale che ha dichiarato costituzionalmente illegittime alcune disposizioni regionali – per mancato rispetto dei vincoli derivanti dall’ordinamento U.E. (art. 117, primo comma, Cost.) – che prevedevano proroghe delle concessioni demaniali marittime in favore dei titolari delle concessioni<sup>35 36</sup>.

Con la recentissima sentenza n. 10 del 29 gennaio 2021, la Corte costituzionale ha dichiarato l’incostituzionalità della legge n. 46/2019 della Regione Calabria, a seguito di un ricorso con cui il Presidente del Consiglio dei ministri aveva impugnato la citata legge regionale, colpevole di aver introdotto un meccanismo di proroga o rinnovo automatico delle concessioni in essere.

La Consulta ha innanzitutto ribadito l’esclusiva competenza statale in materia<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Per la prima volta con sentenza n. 180/2010 che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 1, l.r. Emilia-Romagna 23 luglio 2009, n. 8, il quale prevedeva la possibilità, per i titolari di concessioni demaniali, di chiedere la proroga della concessione, fino ad un massimo di 20 anni dalla data del rilascio. La Corte con sentenza n. 340/2010 ha dichiarato illegittimo l’art. 16, comma 2, l.r. Toscana n. 23 dicembre 2009, n. 77. Anche tale disposizione prevedeva la possibilità di una proroga, fino ad un massimo di 20 anni, delle concessioni in essere, in ragione dell’entità degli investimenti realizzati e dei relativi ammortamenti.

Stessa sorte hanno subito l’art. 4, comma 1, l.r. Marche 11 febbraio 2010, n. 7; l’art. 5, l.r. Veneto 16 febbraio 2010, n. 13; gli artt. 1 e 2, l.r. Abruzzo 18 febbraio 2010, n. 3, dichiarati illegittimi con sentenza n. 213/2011. Con la sentenza n. 171/2013, la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della legge della Regione Liguria 30 luglio 2012, n. 24, art. 1, che aveva disposto la proroga automatica delle concessioni per il demanio marittimo in caso di mareggiate e/o eventi atmosferici eccezionali che provocassero danni agli stabilimenti balneari o ai beni demaniali, a favore del soggetto già titolare della concessione.

<sup>36</sup> S. DE NARDI, *Il sindacato della Corte costituzionale sulle (cosiddette) proroghe regionali delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo*, in *Munus*, 1, 2018, 373-403.

<sup>37</sup> “Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, la disciplina delle concessioni su beni demaniali marittimi investe diversi ambiti materiali, attinenti tanto alle competenze legislative statali quanto a quelle regionali (sentenze n. 157 e n. 40 del 2017). Tuttavia, i criteri e le modalità di affidamento di tali concessioni debbono essere stabiliti nell’osservanza dei principi della libera concorrenza recati dalla normativa statale e dell’Unione europea, con conseguente loro attrazione nella competenza esclusiva statale di cui all’art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., che rappresenta sotto questo profilo un limite insuperabile alle pur concorrenti competenze regionali (ex multis, sentenze n. 161 del 2020, n. 86 del 2019, n. 221, n. 118 e n. 109 del 2018)”.

Nel merito: *“La nuova ipotesi del rinnovo delle concessioni già esistenti – nel contesto, vale la pena di sottolineare, di una norma di salvaguardia mirante semplicemente a dettare una disciplina transitoria nelle more dell’adozione di un organico piano di spiaggia da parte del Comune – finisce così per essere sottratta alle procedure a evidenza pubblica conformi ai principi, comunitari e statali, di tutela della concorrenza stabiliti per le ipotesi di rilascio di nuove concessioni, e per consentire de facto la mera prosecuzione dei rapporti concessori già in essere, con un effetto di proroga sostanzialmente automatica – o comunque sottratta alla disciplina concorrenziale – in favore dei precedenti titolari. Un effetto, come poc’anzi rammentato, già più volte ritenuto costituzionalmente illegittimo da questa Corte”*.

È interessante rilevare come la Corte costituzionale si riferisca genericamente ai principi eurounitari di tutela della concorrenza<sup>38</sup>, senza però citare esplicitamente la direttiva Bolkestein.

Peraltro, la Corte costituzionale non si è espressa sulla portata della legge nazionale n.145/2018 di proroga delle concessioni sino al 2033, seppur sollecitata dalla Regione Calabria sul punto. L’Amministrazione, infatti, aveva eccepito come la normativa regionale introdotta fosse sostanzialmente conforme e coerente con la normativa nazionale.

Sostiene la Corte che *“La circostanza, rilevata dalla difesa regionale, che la stessa disciplina statale più recente abbia previsto, nelle more della revisione del sistema delle concessioni marittime da parte di un d.P.C.m., il prolungamento della durata delle concessioni esistenti al 30 dicembre 2018 per quindici anni dalla data di entrata in vigore della legge n. 145 del 2018, non può d’altra parte legittimare le Regioni a dettare discipline che ad essa si sovrappongano, in un ambito riservato alla competenza esclusiva dello Stato”*.

#### 8. *La procedura di infrazione della Commissione europea del 3 dicembre 2020*

Da ultimo si segnala come la Commissione europea, azionando l’articolo 258 TFUE, ha inviato il 3 dicembre 2020 una lettera di costituzione in mora all’Italia in merito al rilascio di autorizzazioni relative all’uso del

<sup>38</sup> Sui rapporti tra concessioni marittime e concorrenza, A. LUCARELLI, L. LONGHI, *Le concessioni demaniali marittime e la democraticizzazione della regola della concorrenza*, in *Giur. Cost.*, 3, 2018, 1251 e ss.; A. MONICA, *Le concessioni demaniali in fuga dalla concorrenza*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2, 2013, 437-459.

demanio marittimo per il turismo balneare e i servizi ricreativi, lamentando – per la seconda volta dopo il 2008 – il contrasto tra la recente proroga fino al 2033 e la sentenza del 2016 della Corte di Giustizia.

La Commissione Europea ha avviato la procedura di infrazione a carico dello Stato italiano in relazione alla disciplina di cui all'art. 1, commi 692 e 683, della legge n. 145/2018, osservando come: “la *normativa italiana, oltre a essere incompatibile con il diritto dell'UE, sia in contrasto con la sostanza della sentenza della CGUE sopra menzionata e crei incertezza giuridica per i servizi turistici balneari, scoraggi gli investimenti in un settore fondamentale per l'economia italiana e già duramente colpito dalla pandemia di coronavirus, causando nel contempo una perdita di reddito potenzialmente significativa per le autorità locali italiane. L'Italia dispone ora di 2 mesi per rispondere alle argomentazioni sollevate dalla Commissione, trascorsi i quali la Commissione potrà decidere di inviare un parere motivato*”.

L'operato della Commissione segnala un'attenzione, mai sopita, dell'Unione Europea rispetto alla gestione delle concessioni marittime demaniali da parte dello Stato italiano.

## 9. Conclusioni

Il presente contributo – passando in rassegna le novità intercorse soprattutto dal 2016 ad oggi – ha segnalato una situazione di scontro frontale tra Europa e legislatore nazionale.

Da una parte della barricata c'è la Commissione europea, estremamente attiva nei richiami verso l'Italia e “preda” di un mito della concorrenza non sempre sostenibile (cfr. sentenza Tercas del 2 marzo 2021, in cui la Corte di giustizia ha ritenuto che gli elementi addotti dalla Commissione per ravvisare nel sostegno alla Banca Tercas da parte del Fondo interbancario di garanzia un aiuto imputabile allo Stato italiano non fossero concreti né sufficienti)<sup>39</sup>.

La Commissione – ed anche la Corte di Giustizia nella sentenza *Pro-moimpresa* del 2016 – accedono ad una visione della materia delle concessioni balneari “iper concorrenziale”. Non sono legittime le proroghe, sono sempre necessarie le gare!

<sup>39</sup> Sul tema, G. BRANCADORO, *La sentenza Tercas in tema di aiuti di Stato: è necessaria una rilevazione di dati concreti e univoci nelle operazioni sotto esame*, in *Federalismi*, n. 8/2019, 2-4.

La concezione che si trova alla base di questa posizione, se assunta in modo estremistico, può porre qualche dubbio di compatibilità rispetto all'art. 3, co. 3 e co. 4 del Trattato sull'Unione Europea<sup>40</sup>.

Sembra quasi che la Commissione stia esaltando esclusivamente il concetto di *economia fortemente competitiva* a discapito della tutela – anch'essa fondamentale nel Trattato – *dell'economia sociale di mercato*<sup>41</sup>.

In altri termini, imporre una visione iper concorrenziale in un contesto come quello italiano, in cui il numero di “insistenze” è particolarmente elevato, può provocare un effetto dirompente e non necessariamente funzionale.

Non si può imporre dall'alto ed *ex abrupto* un regime rigido di concorrenza tralasciando del tutto il tessuto sociale di riferimento (fatto di tradizioni, storie, famiglie)<sup>42</sup>.

Ciò avviene peraltro in un paese come l'Italia in cui non vi è scarsità di risorsa (7.600 km di coste e ben 52.619 concessioni demaniali marittime).

Occorre allora un bilanciamento dei valori in gioco.

Il compito di “bilanciare” concorrenza ed economia sociale non può essere affidato allo sforzo della giurisprudenza.

Il legislatore italiano negli anni è sembrato sovente in preda al panico; sull'altare di “*È l'Europa che ce lo chiede*”, “*È colpa della Bolkestein*” abbiamo scelto di rinunciare sin da subito ad un progetto di riforma organica del settore, limitandoci a deliberare proroghe continue e inaccettabili delle concessioni vigenti. Ma questa situazione va solo apparentemente a vantaggio degli operatori del settore, che rischiano di essere sopraffatti dal disordine e dall'incertezza normativa e amministrativa, che impedisce ogni programmazione e certezza sul futuro: una resistenza ideologica è altrettanto pericolosa di una volontà ideologica di attuazione di principi erroneamente individuati.

È quanto mai opportuno procedere con una effettiva riforma che

<sup>40</sup> “3. L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico”.

<sup>41</sup> Sia consentito fare riferimento a B. CARAVITA, *Il fondamento costituzionale della concorrenza*, in *Federalismi*, n. 8/2017, 2-5.

<sup>42</sup> G. DI PLINIO, *Il Mostro di Bolkestein in spiaggia. La “terribile” Direttiva e le concessioni balneari, tra gli eccessi del Judicial Italian Style e la crisi del federalizing process*, in *Federalismi*, n. 5/2020, 2-24.

poggi su alcuni capisaldi, interpretando correttamente il bilanciamento tra concorrenzialità e socialità nella concezione europea dell'economia di mercato.

Innanzitutto, le coste italiane non costituiscono una “risorsa scarsa”; esistono gli spazi per tutelare la maggior parte degli operatori del settore, seppure con gli accorgimenti di cui si dirà *infra*.

Allo stesso modo, la consistenza e la varietà delle coste italiane consentono di tener in debita considerazione le istanze delle collettività; come suggerito in dottrina, si potrebbero addirittura ipotizzare modelli di gestione dei beni del litorale idonei a riservare una parte delle coste alla gestione pubblica del bene<sup>43</sup>.

Sotto diverso profilo, una riforma del settore non può prescindere da una interazione normativa tra Stato e Regioni. Al legislatore nazionale – in coerenza con l'art. 117 della Costituzione – dovrebbero essere riservati i principi generali della materia, lasciando, tuttavia, alle singole Regioni il compito di dare vita ad una compiuta disciplina di dettaglio, secondo un modello di legislazione concorrente.

È vero che la Corte costituzionale ha ritenuto di recente (sentenza n. 10/2021) che la materia delle proroghe delle concessioni balneari sia tratta nella legislazione statale esclusiva, richiamando *tout court* la tutela della concorrenza *ex art. 117 Cost.*

È altrettanto vero, però, che il richiamo alla concorrenza non può operare “*come un bisturi nel burro*” delle competenze regionali (proprio come avvenuto di recente nella sentenza n. 37 del 2021 della Corte costituzionale che ha dichiarato incostituzionale la normativa anti pandemia della Regione Val d'Aosta)<sup>44</sup>.

La tutela della concorrenza deve incrociarsi necessariamente con altre materie di rango costituzionale (la tutela del turismo, la tutela paesaggistica, il governo del territorio); in tali materie le competenze regionali talvolta sono esclusive, talvolta concorrenti.

Nondimeno, gli spazi per gli interventi del legislatore regionale non possono essere compressi o estremamente limitati.

<sup>43</sup> A. LUCARELLI, B. DE MARIA, M.C. GIRARDI (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime, Principi Costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, in *Quaderni della Rassegna di diritto pubblico europeo*, Napoli 2021, 7.

<sup>44</sup> Sia consentito far riferimento a B. CARAVITA, *La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in *Federalismi.it* paper del 21 aprile 2021.

Nel contesto regionale, infatti, è più facile effettuare una precisa ricognizione delle risorse disponibili, è più semplice verificare dove vi sia scarsità di risorse e dove invece le coste “libere” siano prevalenti; a livello regionale è inoltre più agevole perseguire una politica di controllo sui vincoli di carattere paesaggistico/ambientale che molto spesso insistono sulle nostre risorse del mare (e che sovente non vengono rispettati da concessionari a volte eccessivamente spregiudicati).

Sicché in una prospettiva di riforma, potrebbe ipotizzarsi uno scenario progressivo in cui il legislatore nazionale proceda ad un’immediata abrogazione della normativa che prevede le proroghe automatiche sino al 2033 e a fissare principi cardine della materia (modalità di esperimento della gara, criteri di aggiudicazione, durata delle concessioni).

Nelle more dell’attuazione della riforma si potrebbe ipotizzare una proroga delle concessioni vigenti per un tempo più limitato (ad esempio per un triennio, ma anche un quinquennio appare sostenibile), con l’impegno a coordinarsi con le Regioni per la emanazione di una disciplina di dettaglio (da realizzarsi nel termine di due anni), previa ovviamente una ricognizione delle aree potenzialmente oggetto di concessioni.

In una prima fase le Regioni – insieme ai Comuni<sup>45</sup> – dovrebbero procedere a stretto giro: a) alla ricognizione e mappatura del litorale e del demanio costiero-marittimo; b) all’individuazione della reale consistenza dello stato dei luoghi, della tipologia e del numero di concessioni attualmente vigenti nonché delle aree libere e concedibili; c) all’individuazione della tipologia e del numero di imprese concessionarie e sub-concessionarie; d) alla ricognizione degli investimenti effettuati nell’ambito delle concessioni stesse e delle tempistiche di ammortamento connesse, nonché dei canoni attualmente applicati in relazione alle diverse concessioni; e) ad attribuire un rating di qualità per ciascun concessionario uscente sulla base di criteri stabiliti a livello nazionale; f) a programmare per ciascuna area le possibili attività che i concessionari potranno svolgere.

In una seconda fase, le Regioni dovrebbero individuare quali risorse debbano essere considerate “scarse” – con necessità di aprire confronti

<sup>45</sup> Sul “ruolo decisivo delle amministrazioni comunali in materia di concessioni demaniali marittime a uso turistico-ricreativo” cfr. N. MAZZA, *Le autonomie territoriali e l’attuazione della direttiva Bolkestein* in A. LUCARELLI, B. DE MARIA, M.C. GIRARDI (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime, Principi Costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, in *Quaderni della Rassegna di diritto pubblico europeo*, Napoli 2021, 7.

concorrenziali – e quali aree possano essere attribuite secondo meccanismi meno rigidi proprio a cagione di un’abbondanza di risorsa.

Il concorrere dell’abrogazione delle proroghe ultradecennali<sup>46</sup> e un avvio concreto delle riforme (seppure con proroghe più brevi) potrebbe “calmare” la verve iperconcorrenziale della Commissione europea; si tratterebbe, probabilmente, di una politica legislativa coerente con la sentenza della Corte di Giustizia e anche con la Direttiva Bolkestein (i cui contenuti a distanza di 15 anni devono necessariamente essere controbilanciati con la delicatezza del periodo storico e con le conseguenze del dramma economico e sociale derivante dalla pandemia).

Per quanto concerne i principi generali della materia, il bilanciamento tra concorrenza ed economia sociale di mercato richiede “fantasia” del legislatore.

Ad esempio – in un determinato territorio – riservare il 30% delle aree ai precedenti concessionari non costituisce necessariamente un comportamento contrario alla Bolkestein; tanto più se tale riserva viene prevista in relazione alle aree meno appetibili della costa (quelle a maggiore distanza dal centro abitato per esempio)<sup>47 48</sup>.

In tale ottica – impregiudicato l’obbligo di esperire procedure pubbli-

<sup>46</sup> Secondo l’AGCM “*il ricorso ingiustificato a proroghe ex lege di lunga durata, unitamente alla possibilità di un generalizzato ricorso alle sub-concessioni ex art. 45 bis del Codice della Navigazione e alla ridotta misura dei canoni determinati secondo i criteri previsti dall’art. 3 del D.l. 5 ottobre 1993, n. 400, è causa anche di un evidente danno per le finanze pubbliche*”. Cfr. *Proposte di riforma concorrenziale, ai fini della Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza anno 2021*” inviate di recente dall’Autorità al Presidente del Consiglio dei Ministri, 46.

<sup>47</sup> Al concessionario uscente, su richiesta, potrà essere concessa direttamente un’area demaniale con classificazione inferiore rispetto a quella precedente. Anche nei casi di gare andate deserte, si potrebbero prevedere meccanismi di affidamento diretto al precedente concessionario, nel rispetto dei principi di pubblicità e trasparenza. Sotto ulteriore profilo, per ciascun territorio le Regioni dovrebbero individuare fasce di aree marittime demaniali con una classificazione decrescente a seconda della vicinanza dal centro abitato.

<sup>48</sup> Si consideri che di recente il Consiglio di Stato ha ritenuto ad esempio legittime le proroghe delle concessioni dei locali in Galleria Duomo a Milano ai precedenti gestori. “È pacifico [...] che fra le ipotesi di deroga possa rientrare anche la salvaguardia del patrimonio culturale e in genere dell’interesse storico-culturale (cfr. per tutti il Considerando 40 e l’art. 4 della direttiva 2006/123/CE e conseguente art. 8 l. 26 marzo 2010, n. 59), nel quale per sua natura rientra il profilo storico-identitario, quand’anche su supporto commerciale: sia come valore culturale in sé, dunque indipendentemente dalla considerazione economica; sia anche come qualificatore e attrattore turistico del contesto, e dunque come apprezzabile elemento di valorizzazione dell’immaterialità economica dell’intero ambiente circostante [...]” (Cons. Stato, Sez. V, 3 settembre 2018 n. 5157).

che nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica – potrebbe essere opportuno immaginare un meccanismo di favor per chi conosce la zona<sup>49</sup> (l'imprenditore olandese che partecipa ad una gara sulla costa ligure non può essere considerato alla pari di un autoctono) ovvero un indennizzo per il concessionario costretto ad abbandonare un'attività dopo molti anni di investimenti<sup>50</sup> (molto spesso sono state costruite strutture che potrebbero essere acquisite dallo Stato dietro versamento di un compenso)<sup>51</sup>.

Sotto diverso profilo, per bilanciare i vantaggi attribuiti agli attuali concessionari, potrebbe ipotizzarsi un meccanismo premiale per il concorrente che ha perso la gara in quanto scavalcato dal gestore uscente, se del caso attribuendogli un punteggio maggiore in gare "bandite" su distinti lotti della medesima costa.

Va da sé che la concorrenzialità sui lotti più appetibili sarebbe presumibilmente bilanciata da una maggiore "libertà" delle aree nelle altre zone.

In altri termini, se si interviene con equilibrio, evitando di cadere nella trappola delle ideologie, c'è la possibilità di costruire un modello equilibrato, in cui possa trovarsi uno spazio per tutti gli operatori, vecchi e nuovi.

Sarebbe altresì utile prevedere meccanismi di clausola sociale a tutela dei lavoratori del settore, già troppo spesso sacrificati sull'altare della stagionalità del lavoro.

Inoltre, una riforma del settore non può prescindere da un'attenta politica di "osservazione" del territorio e di verifica circa eventuali abusi edilizi perpetrati negli anni dai concessionari uscenti.<sup>52</sup>

In tale ottica, l'apporto di Regioni e Comuni è essenziale nella rico-

<sup>49</sup> La legge regionale di attuazione potrà prevedere altresì meccanismi premiali nell'attribuzione dei punteggi tecnici per i concorrenti aventi residenza ovvero sede sociale nel territorio ove la concessione insiste.

<sup>50</sup> Soluzione prospettata anche dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nelle "Proposte di riforma concorrenziale, ai fini della Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza anno 2021" inviate di recente al Presidente del Consiglio dei Ministri.

<sup>51</sup> Ad esempio, ai precedenti concessionari, ritenuti meritevoli dalla Regione sulla base di un rating di qualità potrebbe riconoscersi un indennizzo in caso di mancato rinnovo della concessione, pari all'ultimo canone annuo concessorio corrisposto.

<sup>52</sup> Sarebbe essenziale prevedere meccanismi di decadenza automatica dalle concessioni qualora il concessionario si renda responsabile di gravi violazioni urbanistico-edilizie.

gnizione dello stato dei luoghi, nonché nella valutazione circa la “bontà” delle gestioni precedenti che, se del caso, può costituire ulteriore criterio premiale nell’espletamento delle gare<sup>53</sup>.

In definitiva, il conflitto istituzionale tra l’Italia e l’Europa potrebbe essere ragionevolmente superabile tramite una riforma – purché immediata – che corra veloce su tre binari: a) abbandono della tecnica delle proroghe decennali, sostituite da una ragionevole proroga di minore durata, necessaria per svolgere una attività di ricognizione e le conseguenti gare; b) ricognizione del territorio, e della scarsità (o meno) delle risorse da assegnare in concessione, attività che può e deve essere appannaggio di Regioni e Comuni; c) fissazione di criteri immediati per le nuove gare, bandite di concerto con le Regioni e secondo criteri che bilancino concorrenza ed economia sociale.

<sup>53</sup> In sede di attribuzione dei punteggi tecnici, ai concessionari attuali che non si siano resi inadempienti rispetto agli obblighi assunti con le precedenti concessioni, potrebbero essere attribuiti punteggi automatici non superiori al 2% del punteggio massimo conseguibile.

