

STESSE SPIAGGE, STESSI CONCESSIONARI?

SOMMARIO: 1. L'applicazione della direttiva Bolkestein alle concessioni balneari e l'obbligo di disapplicazione delle leggi di proroga generalizzata dalle stesse. – 2. L'efficacia differita dell'obbligo di disapplicazione. – 3. Di taluni effetti pro-concessionari attuali scaturenti dal differimento. – 4. L'apertura da parte del Consiglio di Stato alla corresponsione di un indennizzo ai concessionari. – 5. Ragioni costituzionali che impongono l'indennizzo. – 6. L'indennizzo deve comprendere anche l'avviamento. – 7. I criteri dettati dal legislatore per il rilascio delle concessioni. – 8. Di talune esclusioni dal regime del principio di competitività. – 9. Conclusioni in punto di rete di tutela delle concessioni in essere.

1. *L'applicazione della direttiva Bolkestein alle concessioni balneari e l'obbligo di disapplicazione delle leggi di proroga generalizzata dalle stesse*

Le sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 9 novembre 2021 n. 17 e n. 18, che tanto clamore hanno suscitato, e soprattutto tante reazioni avverse da parte dei concessionari di aree del demanio marittimo (ma anche lacuale e fluviale) per finalità turistico-ricreative, in realtà non hanno detto nulla di nuovo con riguardo al punto centrale della questione, ovvero al tema dell'obbligo di porre sul mercato attraverso procedure concorsuali le concessioni e di converso del contrasto con la normativa eurounitaria della legislazione statale di proroga generalizzata delle concessioni in essere¹. Il Consiglio di Stato aveva infatti già più volte

¹ La materia in esame è stata oggetto di un vero e proprio effluvio di contributi dottrinali, di decisioni giurisprudenziali ai vari livelli, di documenti della Commissione europea, ecc. Su tutto questo si fa rinvio al recentissimo e documentato contributo di B. CARAVITA e G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in fe-

affermato il principio per cui la sottoposizione ai principi di evidenza pubblica trova il suo presupposto sufficiente nella circostanza che con la concessione di un'area demaniale si fornisce un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, così da rendere necessaria una procedura competitiva ispirata ai principi di trasparenza e non discriminazione². In tal senso vi era anche una consolidata giurisprudenza a livello di TAR³, con l'eccezione del TAR di Lecce secondo cui la direttiva 2006/123/CE (c.d. Bolkestein) non avrebbe il carattere *self-executing*, di talché non sarebbe suscettibile di diretta e immediata applicazione⁴. Tutto questo, del resto, in linea con quanto affermato dalla Corte di Giustizia nella sentenza "Promoimpresa"⁵: la quale, dopo aver rilevato che tali concessioni vanno qualificate come "autorizzazioni" ai sensi delle disposizioni della direttiva servizi 2006/123/CE, in quanto costituiscono atti formali, qualunque sia la loro qualificazione nel diritto nazionale, che i prestatori devono ottenere dalle autorità nazionali al fine di poter esercitare la loro attività economica, ha concluso nel senso che l'art. 12 della direttiva servizi osta a una misura legislativa nazionale che preveda la proroga automatica delle

deralismi.it, 11 agosto 2021 che viene ripubblicato in questo fascicolo, anche nel ricordo dell'illustre giurista prematuramente scomparso.

² V. già Cons. Stato, Sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168, ID., Sez. V, 31 maggio 2007, n. 2828, rese, tra l'altro come evidente sulla base dei soli principi del Trattato: da ultimo v. invece, Cons. Stato, Sez. VI, 7 marzo 2016 n. 889; ID., Sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874; sui cui v. la nota di S. AGUSTO, *Gli incostanti approdi della giurisprudenza amministrativa sul tema delle concessioni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2020, 625 ss.

³ V. TAR Toscana, Sez. II, 8 marzo 2021 n. 363 (su ricorso di AGCM); TAR Campania, Salerno, Sez. II, 29 gennaio 2021, n. 265; TAR Abruzzo, Pescara, Sez. I, 3 febbraio 2021, n. 40; TAR Veneto, Sez. I, 3 marzo 2020, n. 218.

⁴ Tra le tante, Tar Puglia, Lecce, Sez. I, 1 febbraio 2021 n.164; ID., 1 febbraio 2021, n. 165; ID. 15 febbraio 2021, n. 263 e ID., 15 febbraio 2021, n. 268; su tale indirizzo v. il commento critico di E. CHITI, *False piste: il TAR Lecce e le concessioni demaniali marittime*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 6/2021, 801 ss. Per il vero si potrebbe osservare che la direttiva ha effetti diretti solo sul piano verticale, vale a dire nel rapporto tra individui e Stato; e non ha invece effetti a favore dello Stato nel senso che lo Stato inadempiente all'obbligo di attuare la direttiva non può avvalersi della stessa per immettere sul mercato le aree. Questo sulla base del principio per cui lo Stato "non può trarre vantaggio (giuridico) dal proprio inadempimento": v. in tal senso E. CANNIZZARO, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell'Ad. Plen. del Consiglio di Stato di Enzo Cannizzaro*, in *www.giustiziainsieme.it*.

⁵ V. Sez. V, 14 luglio 2016, n. 458, nelle cause riunite C-458/14 e C-67/15. La sentenza è stata oggetto di numerosi commenti tra cui, v. per tutti, E. BOSCOLO, *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime*, in *Urb. e app.*, 2016, 1217 ss.

concessioni demaniali per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati. Del resto, anche la stragrande maggioranza della dottrina si era pronunciata in senso adesivo all'applicazione della direttiva c.d. Bolkestein alle concessioni demaniali⁶, condividendo la lettura sostanzialista dell'istituto della concessione dei beni pubblici, quali si atteggiavano con riguardo alle concessioni con finalità turistico-ricreative stante l'indifferenza comunitaria al *nomen iuris* dell'istituto. In altri termini, è stato messo in luce come invero non si tratti di concessioni di beni o meglio, non solamente di concessioni di beni: questi ultimi sono solo il *prius* necessario o la piattaforma per lo svolgimento dell'attività imprenditoriale. Il bene viene cioè ad essere utilizzato come "asset aziendale", per riprendere l'efficace espressione delle sentenze in rassegna dell'Adunanza Plenaria. Di qui l'applicazione dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE.

2. L'efficacia differita dell'obbligo di disapplicazione

Le decisioni nn. 17 e 18 hanno peraltro stabilito che gli effetti nomofilattici da esse prodotti attraverso la enunciazione dei principi di diritto (*ex art. 99 c.p.a.*) ovvero l'obbligo di disapplicazione da parte delle amministrazioni oltre che dei giudici, delle leggi di proroga opera a partire dal 31 dicembre 2023. Di talché le concessioni prorogate, comprese quelle prorogate con atti formali in quanto pur sempre derivati dalla legge ritenuta contrastante con la normativa eurounitaria, mantengono i propri effetti per ancora due anni e due mesi.

La modulazione degli effetti temporali della direttiva, istituito che pur in difetto di una base normativa, ma ricavato dai principi eurounitari il Consiglio di Stato aveva già applicato (suscitando tuttavia numerose critiche e perplessità su cui in questa sede non è possibile entrare)⁷, nella specie trova fondamento sia nel fatto che Parlamento e Governo debbono dar luogo ad una normativa che da un lato recepisca i principi dell'ordi-

⁶ V. per tutti, anche per ampie indicazioni di dottrina e giurisprudenza, E. CHITTI, *False piste: il TAR Lecce e le concessioni demaniali marittime*, cit.

⁷ V. in particolare E. FOLLIERI, *Il prospective overruling delle sentenze dell'Adunanza Plenaria*, in *Urbanistica e Appalti*, 3/2018, spec. 391 e ss. ma v. altresì A. CASSATELLA, *Vincolo preliminare derivante dalle proposte di dichiarazione di notevole interesse pubblico, formulate prima dell'entrata in vigore del codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, 1134; M. CONDORELLI, *Il nuovo prospective overruling, "dimenticando" l'adunanza plenaria n. 4 del 2015*, in *Foro. It.*, III, 2018, 163 ss.

namento europeo e dall'altro tuteli "l'altrettanto e importante esigenza di tutela dei concessionari uscenti", sia nel fatto che le operazioni propedeutiche alle gare come pure le gare stesse che investiranno una moltitudine di concessionari, (oltre 11 mila!) e dunque di rapporti tra l'altro diversificati sotto vari profili (entità e livello di ammortamento degli investimenti, durata del rapporto, importo del canone, ecc.) richiedono per forza di cose un tempo adeguato⁸.

3. Di taluni effetti pro-concessionari attuali scaturenti dal differimento

Dalle sentenze si possono tuttavia trarre anche alcune conseguenze di segno positivo per gli attuali concessionari. La prima è che almeno fino al 31 dicembre 2023 (ma non è da escludere una proroga questa volta per legge e non per sentenza, motivata sulle stesse ragioni addotte dal Consiglio di Stato ove le nuove procedure divise si rivelino più complesse e laboriose del previsto, o perlomeno una proroga *in parte qua* con riguardo a determinate situazioni), le concessioni prorogate *ex lege* non possono essere disapplicate⁹.

⁸ Da notare che nel precedente citato dalle sentenze in rassegna (cioè Adunanza Plenaria 27 ottobre 2017 n. 13), l'applicazione *pro-futuro* del principio di diritto trovava fondamento nel ricorrere di una ipotesi di *prospective overruling*, ovvero della introduzione in via giurisprudenziale di un nuovo principio di diritto. Sicché l'applicazione differita era giustificata dal rispetto del principio di certezza del diritto con riferimento alla disciplina di rapporti sorti sulla base di una diversa interpretazione. Mentre nel caso in esame le ragioni del differimento non nascono da modifiche di indirizzo giurisprudenziale (anzi lo stesso Consiglio di Stato rileva che si tratta di principi da tempo consolidati), e si fondano invece su ragioni di certezza intesa come stabilità dei rapporti, di semplificazione amministrativa, di difficoltà di applicazione in concreto del principio del diritto enunciato e altro ancora (v. n. 50 delle sentenze). È evidente che in tal maniera si allargano a dismisura le ipotesi di differimento della applicazione dei principi di diritto ben al di là della ragione incentrata sull'*overruling*. Invero già nella sentenza del 2017, l'Adunanza Plenaria aveva fatto riferimento alla esistenza della necessità di tutelare uno o più principi costituzionali o, comunque, di evitare gravi ripercussioni socio-economiche, peraltro sempre in combinato con l'esistenza di un orientamento giurisprudenziale contrario alla interpretazione adottata.

⁹ Naturalmente questo non è d'ostacolo di per sé a che la procedura di infrazione avviata con la nota di messa in mora n. 4118 del 3 dicembre 2020, nella quale la Commissione ha rilevato come "la normativa italiana, oltre a essere incompatibile con il diritto dell'Unione europea, sia in contrasto con la sostanza della sentenza della Corte di giustizia del 2016" proceda comunque. Peraltro, in questa sede mi limito ad esaminare le conseguenze operative nei confronti dei concessionari e non affronto il tema della responsabilità dello Stato.

Ciò significa che la proroga biennale (o poco più) in via nomoflattica costituisce uno scudo contro iniziative giurisdizionali avverso l'*incumbent*, attraverso il meccanismo della diffida ad immettere sul mercato le aree demaniali ed in caso di rifiuto o silenzio attivare ricorso al giudice amministrativo o anche, in caso di provvedimento amministrativo di proroga (per quanto non necessario a meno che non contenga prescrizioni innovative) di ricorsi diretti contro lo stesso. Nello stesso tempo non avrà ragione d'essere la giurisprudenza della Cassazione penale che sulla base della disapplicazione della normativa di proroga, in quanto in contrasto con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE e, comunque, con l'art. 49 TFUE è giunta a qualificare i concessionari "prorogati" privi di alcuna concessione e dunque responsabili di occupazione abusiva del bene demaniale (*ex art. 1161 cod. nav.*)¹⁰, giurisprudenza che invero non teneva conto della buona fede del concessionario atteso che il loro *status* è comunque validato dalla legge. Su questo le sentenze dell'Adunanza Plenaria sono molto recise, rilevando che la non applicazione della legge nazionale anticomunitaria non può in alcun modo avere conseguenze in punto di responsabilità penale, per la semplice ragione che il diritto dell'Unione non può mai produrre effetti penali diretti *in malam partem* (v. n. 37). È vero che rimane l'autonomia valutativa del giudice penale, *ex art. 2 c.p.p.*¹¹, ma insistere sulla tesi fin qui affermata significherebbe "disapplicare" anche i principi di diritto enunciati dalla Plenaria. Del resto, già alla attualità non mancano sentenze di giudici di merito che hanno messo in luce l'essere profondamente irragionevole pretendere dal privato cittadino di sostituirsi addirittura al legislatore nazionale nel rilevare che una norma di legge sia anticomunitaria¹².

¹⁰ Tra le tante, Cass., pen., Sez. III, 9 aprile 2013, n. 33170; ID., Sez. IV, 5 luglio 2016, n. 40739; ID., Sez. III, 16 marzo 2018, n. 21281; ID., Sez. III, 6 marzo 2019, n. 25993; ID., Sez. II, 11.12.2019, n. 18200.

¹¹ "... al giudice penale spetta il potere di risolvere autonomamente ogni questione da cui dipende la decisione, salvo che sia diversamente stabilito e che l'unica disposizione che attribuisce espressamente "efficacia di giudicato" nel processo penale a sentenze extra-penali è l'art. 3, comma 4, c.p.p. con riferimento alla "sentenza irrevocabile del giudice civile che ha deciso una questione sullo stato di famiglia o di cittadinanza": Cass. Pen., Sez. III, 19 marzo 2019, n. 17855.

¹² V. in tal senso la recentissima sentenza del GIP di Genova (3.12.2021, Galli).

4. *L'apertura da parte del Consiglio di Stato alla corresponsione di un indennizzo ai concessionari*

Il secondo punto di rilievo è dato dal fatto che il Consiglio di Stato afferma testualmente che *“l’indizione di procedure competitive per l’assegnazione delle concessioni dovrà, ove ne ricorrano i presupposti, essere supportata dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti, essendo tale meccanismo indispensabile per tutelare l’affidamento degli stessi”* (v. n. 49). In tal maniera il Consiglio di Stato, riprendendo una formula analoga impiegata da AGCM¹³, dà una lettura avversativa dell’art. 49 cod. nav. Disposizione quest’ultima, intitolata *“Devoluzione delle opere non amovibili”*, secondo cui *“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”*. È vero che la lettura proposta del Consiglio di Stato potrebbe essere ritenuta in contrasto con la giurisprudenza costituzionale che a fronte di leggi regionali che prevedevano la corresponsione di un indennizzo a carico del concessionario subentrante ha affermato che *“la previsione dell’indennizzo subordinando il subentro nella concessione all’adempimento del suindicato obbligo, incide sulle possibilità di accesso al mercato di riferimento e sulla uniforme regolamentazione dello stesso, potendo costituire, per le imprese diverse dal concessionario uscente, un disincentivo alla partecipazione al concorso che porta all’affidamento. La normativa regionale impugnata viola dunque la competenza esclusiva statale in materia di «tutela della concorrenza», non essendo qualificabile come pro-concorrenziale”*¹⁴.

In realtà, come emerge da altre sentenze della Corte Costituzionale relative sempre a disposizioni di leggi regionali che avevano previsto indennizzi a favore dei concessionari uscenti¹⁵, la dichiarazione di incostituzionalità muove soprattutto dalla ragione che la disciplina in punto di indennizzo riguarda una *“sfera di competenza riservata in via esclusiva*

¹³ AS1730 – Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021, IV, A dedicato a *“Concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative”*.

¹⁴ Corte Cost., 7 luglio 2017, n. 157, 6.4.1 parte in diritto. Nello stesso senso Corte Cost., 23 ottobre 2020, n. 222 (3.3. parte in diritto).

¹⁵ V. le decisioni 30 maggio 2018, n. 109 e 16 gennaio 2019 n. 1.

alla legislazione statale, alla quale unicamente spetta disciplinare in modo uniforme le modalità e i limiti della tutela dell'affidamento dei titolari delle concessioni già in essere nelle procedure di selezione per il rilascio di nuove concessioni", ciò per la ragione che tale forma di tutela incide sui "criteri e le modalità di affidamento delle concessioni su beni del demanio marittimo", i quali "devono essere stabiliti nell'osservanza dei principi della libera concorrenza e della libertà di stabilimento, previsti dalla normativa comunitaria e nazionale, e corrispondenti ad ambiti riservati alla competenza esclusiva statale in forza dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost."¹⁶. Ed infatti nella già menzionata sentenza n. 222/2020 così si legge: "il fatto, poi, che la stessa normativa dell'Unione europea consenta ai legislatori nazionali di adottare garanzie per l'ammortamento degli investimenti effettuati dal gestore uscente non permette, in sé solo, alle Regioni di alterare le modalità con cui il legislatore statale, nell'ambito della sua competenza esclusiva, ha inteso dare attuazione a detta prerogativa; né alla Regione è consentito di intervenire quando il legislatore non si sia avvalso di questa possibilità, tenuto conto che, ai fini di tale attuazione, assume rilievo il riparto costituzionale delle competenze (art. 117, quinto comma, Cost.)".

Se ne deduce che nella sostanza la Corte ha rilevato nella previsione di misure indennitarie una asimmetria di disciplina e dunque di invasione da parte della Regione nella materia concorrenza riservata allo Stato, più che di contrasto in sé per sé con i principi pro-competitivi. Al contrario, come del resto le due sentenze dell'Adunanza Plenaria, la Corte Costituzionale mette in campo l'esigenza di tutela dell'affidamento dei concessionari in essere, se pur all'interno di un delicato e complesso bilanciamento. In altri termini, l'affermazione per cui l'indennizzo determinerebbe un vantaggio per l'*incumbent* e dunque una barriera all'ingresso di nuovi operatori, non può che essere intesa come meramente rafforzativa della incompetenza regionale, anche perché in realtà non si tratta di un vantaggio ma del riconoscimento di una situazione che potremmo definire "*paraproprietaria*" alla luce dell'art. 1 del primo protocollo addizionale della CEDU, che si riferisce con previsione generale ai beni, ma la nozione di bene secondo la giurisprudenza di Strasburgo¹⁷ ha da essere interpretata in senso estensivo e indipendentemente dalle qualificazioni formali del diritto interno sino così ad includervi un'ampia gamma di interessi economici che non si limitano alla proprietà di beni materiali

¹⁶ Così Corte Cost., 1/2019, 4.11 parte in diritto.

¹⁷ V. ad esempio, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 23 settembre 2014, Valle Pierimpìe Soc. Agricola S.p.a. c. Italia.

ed immateriali, nel senso che investono anche le utilità provenienti dal rapporto concessorio (c.d. proprietà commerciale). Sicché la non corresponsione dell'indennizzo si tradurrebbe in una sorta di espropriazione larvata vietata dall'art. 42 Cost., dalla CEDU e anche dall'ordinamento europeo. Valga, sotto questo ultimo profilo, rammentare come nella sentenza Huber Wachauf, la Corte di Giustizia abbia significativamente affermato che *“una disciplina comunitaria che avesse per effetto di spogliare l'affittuario, alla scadenza del contratto di affitto, del futuro del proprio lavoro o degli investimenti effettuati nell'azienda affittata, senza indennizzo, sarebbe in contrasto con le esigenze inerenti alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario”*¹⁸.

Quest'ultimo richiamo consente altresì di rilevare come la normativa eurounitaria non debba esser applicata a senso unico dando rilievo assorbente al principio di piena competitività senza tener conto degli altri principi che pure innervano l'ordinamento eurounitario e italiano. Tra i quali il principio di tutela del legittimo affidamento, che a sua volta va ascritto ai motivi imperativi di interesse generale, anche se non è espressamente inserito nell'elenco di cui all'art. 4 n. 8 della direttiva 2006/123/CE sia perché l'elenco ha natura meramente esplicativa sia perché l'anzidetto principio si inserisce tra i principi forti del diritto eurounitario come affermato più volte dalla Corte di Giustizia¹⁹, e dunque ha da essere inserito tra i criteri che presidono al rilascio delle concessioni. Né esso è degradato per effetto della giurisprudenza sopra ricordata e dalla presenza delle procedure di infrazione atteso che a sua volta trova sostegno nella legge di proroga²⁰.

5. *Ragioni costituzionali che impongono l'indennizzo*

Del resto la mancata previsione di un indennizzo (tra l'altro non vietato in assoluto, salvo sia diversamente stabilito nell'atto di concessione), solleverebbe profili di incostituzionalità sotto tre versanti.

¹⁸ Sent. 13 luglio 1989, part. 19, C-5/88, Huber Wachauf.

¹⁹ V. C. Giust. CE, 15 luglio 2004 Di Leonard, C-37/02 E C-38/02.

²⁰ Tutto questo vale a maggior ragione per coloro che dispongono di concessioni anteriori alla normativa che ha soppresso il diritto di insistenza (art. 1, comma 18, d.l., 30 dicembre 2009, n. 194, conv. in l. 26 febbraio 2010, n. 25) e il rinnovo automatico (art. 11, l. 15 dicembre 2011, n. 217, legge comunitaria 2010) in quanto in precedenza il rapporto concessorio di beni demaniali per uso turistico-ricreativo si connotava come rapporto pluriennale di durata tendenzialmente indefinita, appunto in virtù del c.d. diritto di insistenza (art. 37 cod. nav.) e del c.d. rinnovo automatico *ex* art. 10, l. 16 marzo 2001, n. 88.

Primo perché la disciplina del codice della navigazione si riferisce alla concessione di beni di cui si è fatto uso, e che vengono restituiti nello stato iniziale. Tutto diverso è il caso in cui la concessione è di beni connessi ad attività, anzi prodromici e funzionali ad un'attività, la quale ha determinato la realizzazione di impianti utilizzabili dal subentrante e insieme l'insorgere e lo stabilizzarsi di un avviamento. Del resto, già nell'ordinamento statutario a fronte di concessioni di beni connessi funzionali ad attività imprenditoriali era previsto che il concessionario subentrante fosse tenuto a corrispondere un indennizzo al pregresso concessionario: v. ad es. l'art. 36, l. mineraria 29 luglio 1927, n. 1443. In altri termini, una volta acquisita la configurazione della concessione in oggetto come concessione di attività e non di semplici beni o, nel linguaggio eurounitario, come autorizzazione all'esercizio dell'attività economica da spiegarsi in un'area demaniale non è più possibile seguire il principio che in altra sede ho definito "ranellettiano"²¹ in quanto informato alla natura "graziosa" della concessione con quanto ne consegue, tanto che si riteneva che nemmeno la revoca potesse essere indennizzata (salvo l'ipotesi in cui la revoca dipendesse da motivi di interesse pubblico estranei a quelli dell'Amministrazione concedente): Ranelletti infatti asseriva che la revoca è "*l'effetto della dichiarazione della volontà dell'autorità amministrativa e delle norme giuridiche relative a quella data concessione, cioè l'effetto dello stesso atto amministrativo; avviene quindi un fatto, che è inerente alla natura stessa delle facoltà del privato, le quali portano in loro stesse il germe della loro morte, e perciò non vi può essere indennità*"²².

In secondo luogo, per contrasto con il *tertium comparationis* rinvenibile nello stesso codice della navigazione con riferimento alle concessioni aeroportuali. L'art. 703, comma 5, di tale codice (come introdotto dall'art. 15 *quinquies*, comma 1, d.l. 16 ottobre 2017, n. 148 convertito in l. 4 dicembre 2017, n. 172) stabilisce infatti che: "*alla scadenza naturale della concessione, il concessionario subentrante ha l'obbligo di corrispondere al concessionario uscente il valore di subentro*". È evidente che in questo caso, in deroga al principio generale sancito dall'art. 49 cod. nav., si è

²¹ G. MORBIDELLI, *Sulla incostituzionalità dell'art. 49 cod. nav.*, in D. GRANARA (a cura di), *In litore maris. Poteri e diritti in fronte al mare*, Torino 2019, 182.

²² V. O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte III: Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.* 1895-1896 ora in E. FERRARI, B. SORDI (a cura di), *Scritti giuridici scelti*, III. *Gli atti amministrativi*, Napoli 1992, 291.

tenuta presente l'attività imprenditoriale connaturata e consequenziale alla concessione del sedime aeroportuale.

In terzo luogo, l'assenza di indennizzo si pone in contrasto con il diritto di stabilimento (art. 49 TFUE) e con la libertà di prestazione dei servizi (art. 56 TFUE), come si ricava dal caso *Laezza*²³. In tale occasione si è difatti osservato che “*gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che essi ostano a una disposizione nazionale restrittiva, quale quella in questione nel procedimento principale, la quale impone al concessionario di cedere a titolo non oneroso, all'atto della cessazione dell'attività per scadenza del termine della concessione, l'uso dei beni materiali e immateriali di proprietà che costituiscono la rete di gestione e di raccolta del gioco, qualora detta restrizione ecceda quanto è necessario al conseguimento dell'obiettivo effettivamente perseguito da detta disposizione, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare*”. Anzi, nel caso appena ricordato sia la Corte di Giustizia (v. punto 23) sia l'Avv. Generale (v. paragrafi 62 e 63 delle sue conclusioni) hanno messo in luce come, di contro, una disposizione di tal fatta ha effetti anticompetitivi perché rende meno attraente l'esercizio di tale attività. Difatti, il rischio per un'impresa di dover cedere, senza contropartita economica, l'uso dei beni in suo possesso costituisce una barriera per gli investimenti. Sicché l'assenza di indennizzo non solo determina un pregiudizio per l'*incumbent*, ma o riduce la platea dei concorrenti per la considerazione che i loro investimenti non avranno alcun riconoscimento oppure riduce al minimo gli investimenti dei subentranti, in entrambi i casi con conseguenze anticompetitive. Lo stesso principio è ricavabile dalla sentenza *Hubert Wachauf*, nella quale la Corte di Giustizia CE ha affermato, “*una disciplina comunitaria che avesse per effetto di spogliare l'affittuario, alla scadenza del contratto di affitto, del futuro del proprio lavoro o degli investimenti effettuati nell'azienda affittata, senza indennizzo, sarebbe in contrasto con le esigenze inerenti alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario*”²⁴: avremmo infatti una spoliazione del frutto del lavoro altrui senza indennizzo, in spregio delle garanzie costituzionali (come infatti aveva rilevato nell'ordinanza di rinvio, il *Verwaltungsgericht*). Tra l'altro, le tematiche in punto di necessità dell'indennizzo per coerenza costituzionale fanno superare l'eventuale esclusione dall'indennizzo nei confronti di coloro che, per una ragione o per l'altra, possano essere rite-

²³ Corte di Giustizia UE, sez. III, 28 gennaio 2016, n. C-375.

²⁴ Sent. 13 luglio 1989, par.19, C-5/88, *Hubert Wachauf*.

nuti non meritevoli di affidamento. Difatti a prescindere dal rilievo che di per sé le varie leggi di proroga e dunque la presa d'atto di una specifica e reiterata volontà del legislatore è di per sé idonea a radicare l'affidamento, resta il fatto che comunque l'acquisizione senza indennizzo determina la violazione di una garanzia costituzionale.

6. *L'indennizzo deve comprendere anche l'avviamento*

Il punto richiede un *addendum*. Consiglio di Stato e AGCM riconoscono il diritto all'indennizzo per gli investimenti. Ciò è testualmente affermato e ribadito nella frase “*ove ve ne siano i presupposti*”, che vuol dire laddove investimenti vi siano stati e implicitamente non siano stati ammortizzati. Si tratta del resto della previsione presente nel codice della navigazione con riguardo alle ipotesi di revoca della concessione (v. art. 42 comma 4 e 5). Senonché, a parte l'ipotesi sicuramente residuale in cui l'Amministrazione decida di dare all'area demaniale una destinazione, anche pur sempre turistico-ricreativa, del tutto diversa (ad es. parco giochi o una scuola di vela o di nuoto), di talché vi è una soluzione di continuità con l'attività del precedente concessionario, chi acquisisce la concessione, con essa acquisisce un complesso di beni in cui è ricompreso anche l'avviamento (e non a caso – come già ricordato – l'Adunanza Plenaria parla di *asset* aziendale). Non interessa vedere se quest'ultimo costituisca un bene a sé stante o una qualità dell'azienda, ciò che rileva è che contribuisce a determinarne il valore. E di esso si deve tener conto secondo i correnti criteri di stima. Vale del resto aggiungere che l'avviamento è espressamente considerato nell'ipotesi di fine locazione di immobili adibiti ad uso commerciale ed artigianale (v. art. 34, l. 27 luglio 1978 n. 392), normativa idonea a costituire *tertium comparationis*, perché in entrambi i casi si ha la cessazione di un rapporto di durata e in entrambi i casi l'impiego del bene di proprietà altrui ne ha determinato un arricchimento. Sicché l'indennizzo, per essere tale, deve corrispondere al valore di mercato o al valore “reale” del bene alla luce della giurisprudenza costituzionale così come declinata attraverso le c.d. sentenze gemelle della Corte Costituzionale del 2007²⁵, e pertanto non può non ricomprendere anche tale componente del compendio che si va ad acquisire. Tra l'altro, nella specie non si tratta di un indennizzo di espro-

²⁵ Corte Cost., 22 ottobre 2007, n. 348 e n. 349.

priazione per pubblica utilità, ma di acquisizione di un bene da parte di un altro privato per ragioni imprenditoriali, sicché non vi sono neppure quelle esigenze del “giusto equilibrio” tra la tutela del diritto sul bene e interessi generali che talvolta possono consentire una riduzione delle entità dell’indennizzo. Tantopiù considerato che la componente “avviamento” è di solito frutto di una attività lungimirante quanto impegnativa, protrattasi per lustri e lustri. Sarebbe agevole solo evocare il nome di stabilimenti balneari che di per sé costituiscono attrazione e segni identitari della località in cui sono situati. Ma al di là di queste eccellenze situate in località come Capri, Forte dei Marmi, Lido di Venezia, Santa Margherita Ligure *et similia*, sta il fatto che l’avviamento è riscontrabile anche nelle strutture a carattere familiare e anzi anche per questa caratteristica vocate ad essere luogo di incontro e di richiamo.

7. *I criteri dettati dal legislatore per il rilascio delle concessioni*

Le sentenze dell’Adunanza Plenaria dettano anche dei criteri che il legislatore statale dovrà seguire per dare attuazione alla direttiva nel settore in esame. Sotto tale profilo, per riprendere la terminologia impiegata a suo tempo con riguardo a talune sentenze della Corte Costituzionale, sono pertanto definibili “sentenze delega”²⁶.

Da tali criteri traspare invero l’esigenza di tutela dell’affidamento degli ex concessionari, del resto espressamente enunciata: “È, infatti, compito del legislatore farsi carico di una disciplina che, nel rispetto dei principi dell’ordinamento dell’Unione e degli opposti interessi, sia in grado di contemperare le ormai ineludibili istanze di tutela della concorrenza e del mercato con l’altrettanto importante esigenza di tutela dei concessionari uscenti” (v. n. 47). Affermazione che poi viene bilanciata dal richiamo a più riprese dei principi di proporzionalità, non discriminazione, *par condicio*. Il risultato del complesso bilanciamento traluce nella parte “propositiva”, laddove l’Adunanza Plenaria rileva che “Nell’ambito della

²⁶ Da precisare che i criteri dettati dall’Adunanza Plenaria se da un lato si impongono come veri e propri “comandi” alle pubbliche amministrazioni per l’ipotesi che la materia continui a non essere legificata dopo il 31.12.2023 o per la ipotesi in cui le amministrazioni nell’intanto procedano al rilascio di concessioni di aree non più coperte da concessioni (qualunque ne sia la ragione), dall’altro nei confronti del legislatore operano come “consigli”, al punto che potremo parlare di esercizio di funzione consultiva espressa in sede giurisdizionale.

valutazione della capacità tecnica e professionale potranno, tuttavia, essere individuati criteri che, nel rispetto della par condicio, consentano anche di valorizzare l'esperienza professionale e il know-how acquisito da chi ha già svolto attività di gestione di beni analoghi (e, quindi, anche del concessionario uscente, ma a parità di condizioni con gli altri), anche tenendo conto della capacità di interazione del progetto con il complessivo sistema turistico-ricettivo del territorio locale; anche tale valorizzazione, peraltro, non potrà tradursi in una sorta di sostanziale preclusione all'accesso al settore di nuovi operatori" (v. n. 49).

Come si può notare se da un lato a più riprese si evocano la *par condicio* e (in maniera ridondante) la parità di trattamento, dall'altro si dà rilievo all'esperienza e al *know how* professionale acquisito e questo non solo a livello generale, ma in rapporto alla specificità del territorio e dunque – da ritenersi – dando rilievo alle esperienze tipiche delle aree di riferimento come tale peculiari in *primis* degli *ex* concessionari.

Vero è che si deve trattare di criteri non preclusivi e che ad essi si accompagnano altri criteri quali gli standard qualitativi dei servizi, la sostenibilità sociale e ambientale del piano degli investimenti, l'entità del canone, fattori tutti "disponibili" per l'intera platea dei concorrenti e non riservati ai concessionari uscenti. Aggiungasi che all'interno di questo non agevole contemperamento tra tutela dell'affidamento e *par condicio* è indubbio che dovranno essere introdotti limiti massimi per la stessa impresa o lo stesso gruppo alla partecipazione alle gare bandite dalle singole amministrazioni. Il che di fatto si traduce in un criterio di tutela delle piccole imprese quali sono quelle che nella stragrande maggioranza dei casi gestiscono gli stabilimenti balneari. Del resto, la tutela della categoria delle piccole imprese risponde al principio generale quale si ricava dall'art. 30, comma 7, cod. contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) secondo cui "*i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e le medie imprese*". Ma anche dall'art. 51 dello stesso codice secondo cui "*nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, sia nei settori ordinari che nei settori speciali, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali, ovvero in lotti prestazionali*" e "*nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese*". Si tratta comunque di indicazioni che trovano fondamento nel Libro Verde del 2011 sulla modernizzazione della politica dell'Unione Europea

in materia di appalti pubblici e anche nel “Codice europeo di buone pratiche per facilitare l’accesso delle PMI agli appalti pubblici” di cui al documento di lavoro dei servizi della Commissione del 25.06.2008 (cfr. il *considerando* n. 78, Dir. 2014/24/UE) e che hanno una portata tale da investire ogni procedura di competitività del mercato di discendenza europea. Non per nulla gli stessi “*considerando*” della direttiva Bolkestein sono intrisi di continui richiami alla tutela delle piccole e medie imprese (v. già i “*considerando*” 2, 3, 4).

8. *Di talune esclusioni dal regime del principio di competitività*

Va infine tenuto presente che i criteri che disciplinano il potere di valutazione delle domande di concessione (o autorizzazione secondo il lessico eurounitario) debbono essere “conformati” ai fini della tutela di esigenze imperative connesse alla tutela di un interesse generale, esigenze cioè che mirano ad interessi prioritari che pertanto possono fare aggio sul principio di concorsualità o comunque temperarlo. In particolare, tra le ipotesi suscettibili di rendere cedevole il principio di competitività rientra anche la salvaguardia del patrimonio culturale e in genere dell’interesse storico-culturale (cfr. l’art. 4 della direttiva 2006/123/CE e conseguente art. 8, l. 26 marzo 2010, n. 59). E difatti la giurisprudenza, con riferimento ai c.d. locali storici, ha ritenuto che essi, in quanto elementi di qualificazione e di attrazione turistica del contesto, e nel contempo fattori di valorizzazione dell’immateriale economico dell’intero ambiente circostante, possono essere sottratti alle regole di evidenza pubblica: ciò è quello che è avvenuto con riguardo ad alcuni locali storici situati all’interno della galleria Vittorio Emanuele II a Milano²⁷. E non v’è dubbio che taluni stabilimenti balneari situati in rinomate e storiche località turistiche, per antica risonanza e per le loro caratteristiche (si pensi a taluni stabilimenti in stile liberty di Viareggio) possono essere riconducibili entro l’ambito di detta categoria.

Mentre sono del tutto al di fuori della direttiva i servizi non economici di interesse generale ai sensi dell’art. 2, lett. a) della direttiva stessa. Sicché concessioni del bene demaniale a favore di enti pubblici, istituti di assistenza e beneficenza, corpi morali, in funzione di usi sociali, a favore di minori, categorie protette o comunque attività di

²⁷ V. Cons. Stato, Sez. V, 3 settembre 2018, n. 5157.

esclusivo rilievo sociale, fuoriescono *in toto* dal campo di applicazione della Bolkestein.

9. Conclusioni in punto di rete di tutela delle concessioni in essere

In conclusione, la coniugazione tra i principi di tutela delle piccole e medie imprese, l'obbligo di indennizzo, l'inserimento nell'indennizzo del valore di avviamento, la introduzione di criteri basati sulla esperienza specifica e "di territorio", la stessa difficoltà pratica di porre in essere e concludere entro il 31.12.2023 le operazioni finalizzate al rilascio delle nuove concessioni, come pure le difficoltà di redazione di un testo normativo che operi il necessario bilanciamento tra i vari interessi in gioco e comunque le incertezze interpretative che non mancheranno in via di fatto, danno luogo indirettamente ad una rete di protezione delle situazioni in atto.

Il che non significa, per riprendere una terminologia corrente ed abusata (quanto non coerente con il pensiero mortatiano), espressione della prevalenza della costituzione materiale rispetto alla costituzione formale, ma si traduce nella risposta necessaria ed inevitabile al particolarismo legato alle circostanze di luogo o di storia o di esigenze specifiche che per la natura delle cose prevale sulle regole "uniformanti" derivanti da livelli sovranazionali. Tra l'altro, proprio sulla base di queste considerazioni nell'ambito di un discorso più generale, oltre 10 anni fa in un librettino intitolato per l'appunto *Il diritto amministrativo tra particolarismo e universalismo*²⁸ ebbi a scrivere che un esempio paradigmatico dell'esigenza di una disciplina che non si presti ad un incasellamento forzoso entro "le regole del mondo globale" è proprio dato dalla materia in esame, osservando testualmente che la disciplina della c.d. direttiva *Bolkestein* (e relativo d.lgs. 26 marzo 2010 n. 59 di attuazione), nello stabilire che la messa a gara di beni pubblici già in concessione a privati, non tiene conto della specificità degli stabilimenti balneari così come costruiti e gestiti in talune zone costiere d'Italia, mentre invece richiederebbe per la sua specificità una normativa *ab hoc* onde dare rilievo delle tradizioni e dei correlativi investimenti che hanno caratterizzato il settore. Conclusioni queste che trovano fondamento nello stesso TUE che (già nel preambolo) dichiara di rispettare la storia, la cultura e le tradizioni dei popoli, dando così

²⁸ Napoli 2012.

evidenza ai principi di tutela del mantenimento della diversità, nonché della tutela delle peculiarità dei diversi ordinamenti e quindi in definitiva di protezione dell'identità differenziata degli Stati. E identità significa anche garanzia di situazioni specifiche, deputate proprio ad esprimere i momenti di autonomia e di particolarismo. Tutto ciò trova forte conferma nel fondamentale principio di sussidiarietà (art. 5, 3° comma, TUE), da leggere tra l'altro in sintonia con il principio di prossimità (art. 1, 2° comma, e art. 10, 3° comma, TUE)²⁹.

Sicché la rete di contenimento dianzi evidenziata, che potrebbe essere ulteriormente potenziata attraverso una lettura estensiva dei motivi di interesse generale che presiedono alla definizione dei criteri per il rilascio delle concessioni tali da dare rilievo alla particolarità del settore, costituisce in definitiva il precipitato dell'esigenza di protezione di uno degli elementi, come la tradizione delle concessioni balneari, che vanno a dare *corpus* alla identità differenziata.

²⁹ V. in tal senso, G. DE VERGOTTINI, *Garanzia della identità degli ordinamenti statali e limiti della globalizzazione*, in C. AMATO, G. PONZANELLI (a cura di), *Global law v. Local law. Problemi della globalizzazione giuridica*, Torino 2006, 14.