

**SULLA PROROGA DELLE CONCESSIONI
DEMANIALI: LA SFIDA NEL CONTEMPERAMENTO
TRA LA TUTELA DELLE LIBERTÀ DI
CONCORRENZA E DI STABILIMENTO E LA
SALVAGUARDIA DELL’AFFIDAMENTO DEI
PRIVATI**

di LAURA MARINO

Sommario: **1.** Premessa. **2.** La disciplina tra diritto nazionale e diritto eurounitario. **3.** L’intervento della giurisprudenza nazionale e l’esigenza di adeguamento al diritto europeo.

1. Premessa

L’apertura della stagione balneare, è stata segnata dai recenti interventi normativi predisposti a livello regionale e locale che, nel dare attuazione alle previsioni nazionali attualmente in vigore in materia¹, hanno stabilito l’estensione della validità

¹ In particolare, commi 682 e 683 dell’articolo 1 L. 30 dicembre 2018, n. 145, stabiliscono: “Le concessioni disciplinate dal comma 1 dell’articolo 1 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge hanno una durata, con decorrenza dalla data di entrata in vigore della presente legge, di anni quindici. Al termine del predetto periodo, le disposizioni adottate con il decreto di cui al comma 677, rappresentano lo strumento per individuare le migliori procedure da adottare per ogni singola gestione del bene demaniale.

Al fine di garantire la tutela e la custodia delle coste italiane affidate in concessione, quali risorse turistiche fondamentali del Paese, e tutelare l’occupazione e il reddito delle imprese in grave crisi per i danni subiti dai cambiamenti climatici e dai conseguenti eventi calamitosi

delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative per ulteriori quindici anni, nei confronti di tutti i titolari di una precedente concessione.

In particolare, è recentissima la firma del decreto con cui il competente Assessore regionale per il territorio e l'ambiente della regione Sicilia, dando attuazione alla legge regionale n. 24/2019², ha disposto, all'esito del confronto con le associazioni di categoria e sentita la IV Commissione parlamentare, la proroga *ex lege* della validità delle concessioni demaniali marittime in essere al 31 dicembre 2018 fino al 31 dicembre 2033.

Lo scenario che viene a prospettarsi in Sicilia, come in molte altre regioni italiane, sembra però non tenere in alcun modo in considerazione il quadro normativo europeo e le principali pronunce della giurisprudenza della Corte di giustizia europea e delle Corti nazionali, anche in sede costituzionale.

straordinari, le concessioni di cui al comma 682, vigenti alla data di entrata in vigore del decreto-legge 31 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25, nonché quelle rilasciate successivamente a tale data a seguito di una procedura amministrativa attivata anteriormente al 31 dicembre 2009 e per le quali il rilascio è avvenuto nel rispetto dell'articolo 18 del decreto del Presidente della Repubblica 15 febbraio 1952, n. 328, o il rinnovo è avvenuto nel rispetto dell'articolo 2 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, hanno una durata, con decorrenza dalla data di entrata in vigore della presente legge, di anni quindici. Al termine del predetto periodo, le disposizioni adottate con il decreto di cui al comma 677 rappresentano lo strumento per individuare le migliori procedure da adottare per ogni singola gestione del bene demaniale.”

² L'art. 1, l. 14 dicembre 2019, n. 24 dispone: “*In conformità alle previsioni dei commi 682 e 683 dell'articolo 1 della legge 30 dicembre 2018, n. 145, la validità delle concessioni demaniali marittime in essere al 31 dicembre 2018 è estesa fino alla data del 31 dicembre 2033, a domanda dei concessionari, da presentarsi al dipartimento regionale dell'ambiente entro il 30 aprile 2020. [...] Con decreto dell'Assessore regionale per il territorio e l'ambiente, da emanarsi entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, sentita la Commissione legislativa competente dell'Assemblea regionale siciliana, saranno definite le modalità di inoltro delle richieste di cui ai commi 1 e 2 e la documentazione da allegare alle stesse”.*

Gli Enti locali, rispettivamente competenti secondo la disciplina regionale di riferimento, trincerandosi dietro la predetta previsione³ introdotta a livello nazionale dalla legge finanziaria del 2018, hanno prorogato *ex lege* la validità delle concessioni già assentite, entrando tuttavia in contrasto con le fonti del diritto europeo⁴ e in particolare con i principi fondamentali⁵ di libertà di stabilimento, libera prestazione dei servizi, concorrenza, trasparenza e di par condicio, di matrice sovranazionale.

2. La disciplina: tra diritto nazionale e diritto eurounitario.

La materia delle concessioni demaniali è stata da tempo oggetto della legislazione europea, che è intervenuta scardinando, di fatto, l'originario assetto nazionale.

Occorre premettere che la disciplina dei beni demaniali, nella specie quello marittimo, trova nel nostro ordinamento il proprio fondamento normativo all'interno del codice civile⁶, laddove se ne declina il peculiare regime giuridico, avente carattere derogatorio in quanto caratterizzato dalla inesprobiabilità, non usucabilità, imprescrittibilità, inalienabilità e indisponibilità se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano.

In particolare, posta la insuscettibilità di tali beni ad essere oggetto di negozi giuridici di diritto privato, pena la nullità del

³ vd. nota 1.

⁴ In particolare sul tema è intervenuta la Direttiva Servizi dell'Unione Europea, 2006/123/CE, conosciuta anche come Direttiva Bolkenstein.

⁵ Si vedano, rispettivamente gli artt. n. 49-55; 56-62; 26 TFUE.

⁶ A riguardo, l'art. 822 c.c. include tra i beni demaniali, in quanto appartenenti allo Stato, tra l'altro anche *“il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti; i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia [...]”*; l'art. 823 c.c., nel definire la condizione giuridica del demanio pubblico ha stabilito che *“beni che fanno parte del demanio pubblico sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano. [...] Spetta all'autorità amministrativa la tutela dei beni che fanno parte del demanio pubblico. Essa ha facoltà sia di procedere in via amministrativa, sia di valersi dei mezzi ordinari a difesa della proprietà e del possesso regolati dal presente codice.”*

negozio stesso, si prevede che essi possano essere tuttavia assoggettati ad atti amministrativi costitutivi a favore di terzi.

L'uso di un bene demaniale, pur in coerenza con la sua destinazione, può, in altri termini essere concesso ai privati sulla base di una previsione normativa, ovvero tramite il rilascio di una concessione.

L'esercizio della funzione concessoria, in quanto volta a garantire lo sfruttamento e il potenziamento delle qualità che i beni pubblici per loro natura sono in grado di esprimere, implica una complessa attività di valutazione da parte dell'Amministrazione concedente e ciò in quanto è necessario individuare ed evidenziare le ragioni di interesse pubblico che consentano di distogliere il bene dalla sua originale destinazione rivolta alla utilizzazione generale indifferenziata, per assicurarne il godimento e lo sfruttamento individuale.

In passato, in assenza di una normativa specifica in materia, le pubbliche amministrazioni erano sostanzialmente lasciate libere nella propria discrezionalità nello stabilire se un determinato bene demaniale indisponibile potesse essere concesso o meno ai privati, per quanto tempo, con quali procedure e soprattutto quale privato selezionare. Di fatto soltanto il privato concessionario poteva vantare un interesse legittimo, un diritto con riferimento a quel bene, mentre gli altri soggetti pretendenti all'utilizzo di quel bene non avevano praticamente alcuna tutela legale. La questione veniva, infatti, sostanzialmente vista da un punto di vista patrimoniale: l'Amministrazione in quanto titolare dei beni pubblici, li gestiva come meglio riteneva.

Questo approccio (tradizionale) è stato negli ultimi quindici anni superato essenzialmente alla luce e per effetto dei principi del diritto europeo, sulla libera prestazione di servizi e la libertà di stabilimento delle imprese comunitarie nell'ambito del territorio dell'Ue.

Tale processo ha investito i diversi campi del mercato interno, producendo i suoi maggiori effetti nell'ambito delle cosiddette *essential facilities*, determinando la separazione del concetto di utilizzo da quello di proprietà, e distinguendo la figura del proprietario dell'infrastruttura dal suo gestore.

Il predetto processo ha avuto anche il merito di incidere sulla materia dei beni pubblici laddove essi siano funzionali alla prestazione di un servizio avente contenuto economico.

In particolare, per ciò che concerne la materia dei beni demaniali, la disciplina nazionale prevista dal Codice della navigazione e dal suo regolamento attuativo aveva originariamente stabilito all' art. 37⁷, il cosiddetto "principio di insistenza", sulla base del quale il titolare di una concessione assentita in precedenza e in scadenza vanta[va] al momento del rinnovo, a parità di condizioni con gli altri operatori economici contendenti, un interesse differenziato al rinnovo, che l'amministrazione doveva tenere in debito conto prima di procedere al nuovo affidamento dei beni.

A ciò si aggiungeva anche la previsione in materia di determinazione dei canoni relativi alle concessioni, la quale statuiva, tra l'altro, che le concessioni relative alla gestione di stabilimenti balneari alla scadenza si sarebbero dovute rinnovare automaticamente e periodicamente ad ogni scadenza.

Tale assetto, come è noto, è stato sottoposto a procedura di infrazione da parte della Commissione Europea, perché sospetto di essere in netto contrasto con i principi di libertà di stabilimento, di libera concorrenza dei mercati e di par condicio e, nello specifico con l'art. 12, par. 2 della Direttiva n. 2006/123/CE⁸.

⁷ *"Al fine della tutela dell'ambiente costiero, per il rilascio di nuove concessioni demaniali marittime per attività turistico- ricreative è data preferenza alle richieste che importino attrezzature non fisse e completamente amovibili. È altresì data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze. Qualora non ricorrano le ragioni di preferenza di cui ai precedenti commi, si procede a licitazione privata".* Così art. 37 Codice della Navigazione come modificato dal D.L. 5 ottobre 1993, n. 400.

⁸ Art. 12 ("Selezione tra diversi candidati") della Direttiva n. 2006/123/CE: *"1. Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento. 2. Nei casi di cui al paragrafo 1 l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la*

Tale normativa, in particolare, stabilisce che ogni qualvolta per la prestazione di un servizio si renda necessaria la disponibilità di una risorsa naturale, fisica o giuridica ridotta da un punto di vista numerico, quella risorsa debba essere assegnata tramite meccanismi competitivi e, dunque, coloro che ne potranno usufruire devono essere scelti mediante procedure di gara, che non possono essere “bloccate” da meccanismi di proroghe automatiche delle concessioni in atto.

La predetta direttiva (Bolkestein) vieta espressamente sia qualsiasi meccanismo di rinnovo automatico delle concessioni sia il riconoscimento di qualunque altro vantaggio in capo al prestatore uscente, asservendo il rilascio delle concessioni in materia alle procedure di evidenza pubblica, e al rispetto dei principi di imparzialità e trasparenza.

In tale quadro normativo, il Legislatore italiano – al fine di porre rimedio alle contestazioni mosse e quindi consentire la chiusura della procedura di infrazione a suo carico, se pur ha abrogato le disposizioni del Codice della navigazione contenenti il c.d. “principio di insistenza”, ha tuttavia disposto ad un tempo la proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative ancora in corso fino al 2015.

Quale conseguenza di tale proroga, l’Italia è stata destinataria di una nuova messa in mora complementare da parte della Commissione, cui ha cercato di far fronte attraverso l’abrogazione delle disposizioni in materia di rinnovo automatico⁹ e la delega al Governo per adottare un decreto

procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami. 3. Fatti salvi il paragrafo 1 e gli articoli 9 e 10, gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell’ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d’interesse generale conformi al diritto comunitario”.

⁹ In particolare, l’art. 1 co. 2 d.l. n. 400/1993 (Disposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime), che prevedeva “*Le concessioni di cui al comma 1, indipendentemente dalla natura o dal tipo degli impianti previsti per lo svolgimento delle attività, hanno durata di quattro anni; possono comunque avere durata differente su richiesta motivata degli interessati.*”.

legislativo di revisione e riordino della legislazione relativa alle concessioni demaniali marittime.

Il decreto legge¹⁰ che il governo ha predisposto, pur ampliando il campo di applicazione delle concessioni, ha tuttavia nuovamente disposto la proroga della validità delle concessioni già assentite, eludendo di fatto, ancora una volta, i principi eurounitari.

A tal riguardo, la stessa Corte di Giustizia dell'Unione Europea¹¹, chiamata a pronunciarsi in sede pregiudiziale ha stabilito come osti al diritto europeo una normativa nazionale, come quella italiana, che disponga dei meccanismi di proroga delle concessioni *ex lege*.

3. L'intervento della giurisprudenza nazionale e l'esigenza di adeguamento al diritto europeo.

Ben presto anche le Corti nazionali hanno dovuto inevitabilmente adeguarsi a tale orientamento giurisprudenziale¹², e ai principi del diritto europeo¹³, atteso che sulla scorta della gerarchia delle fonti che riconosce e impone il primato del diritto dell'Unione, il giudice nazionale è *in primis* chiamato a disapplicare la normativa nazionale ogni qualvolta questa entri in contrasto con il diritto europeo.

Anzitutto la Corte Costituzionale ha, in diverse occasioni, censurato tutte quelle disposizioni emanate dalle Regioni sottoposte al suo vaglio per sospetta violazione della Costituzione laddove nell'attribuire al titolare della concessione la possibilità di ottenerne una proroga finiscono per “*viola [re] l'art. 117, primo comma, Cost., per contrasto*”

¹⁰ Si veda, Decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179.

¹¹ Nella celebre sentenza CGUE, sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, la Corte ha stabilito che “*Da quanto precede risulta che l'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123 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*”.

¹² Vd. nota 11.

¹³ Vd. nota 8.

con i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario in tema di diritto di stabilimento e di tutela della concorrenza".¹⁴

Negli stessi termini, sostanzialmente il Consiglio di Stato ritiene che in seguito alla soppressione dell'istituto del "diritto di insistenza", la P.A. è tenuta in aderenza ai principi eurounitari della libera di circolazione dei servizi, della par condicio, dell'imparzialità e della trasparenza, ai sensi del novellato art. 37 cod. nav., ad indire una procedura selettiva e a dare prevalenza alla proposta di gestione privata del bene che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e risponda a un più rilevante interesse pubblico, anche sotto il profilo economico¹⁵.

¹⁴ *“Infatti, la norma regionale prevede un diritto di proroga in favore del soggetto già possessore della concessione, consentendo il rinnovo automatico della medesima. Detto automatismo determina una disparità di trattamento tra gli operatori economici in violazione dei principi di concorrenza, dal momento che coloro che in precedenza non gestivano il demanio marittimo non hanno la possibilità, alla scadenza della concessione, di prendere il posto del vecchio gestore se non nel caso in cui questi non chieda la proroga o la chieda senza un valido programma di investimenti»* (Così C. cost. sent. n. 213/2011).

¹⁵ *“A fronte dell'intervenuta cessazione del rapporto concessorio, come sopra già evidenziato, il titolare del titolo concessorio in questione può vantare un mero interesse di fatto a che l'amministrazione proceda ad una nuova concessione in suo favore e non già una situazione qualificata in qualità di concessionario uscente, con conseguente inconfigurabilità di alcun obbligo di proroga ex lege o motivazionale dell'amministrazione. Ne deriva che l'operatività delle proroghe disposte dal legislatore nazionale non può che essere esclusa in ossequio alla pronuncia del 2016 del giudice eurounitario, comportante la disapplicazione dell'art. 1, comma 18, d.l. n. 194/2009 e dell'art. 34-duodecies, d.l. 179/2012, di talché la proroga legale delle concessioni demaniali in assenza di gara non può avere cittadinanza nel nostro ordinamento, come del resto la giurisprudenza nazionale ha in più occasioni già riconosciuto (cfr., per tutte e tra le più recenti, Cons. Stato, Sez. V, 27 febbraio 2019 n. 1368).*

11. - *Del resto, più volte il Consiglio di Stato ha sancito in via generale l'illegittimità di una normativa sulle proroghe ex lege della scadenza di concessioni demaniali, perché equivalenti a un rinnovo automatico di per sé ostativo a una procedura selettiva. Inoltre, già decisioni precedenti della CGUE avevano affermato l'illegittimità di leggi regionali contemplanti, a talune condizioni, la proroga automatica delle concessioni del demanio marittimo al già titolare, evidenziando che*

Orbene, alla luce di tale mutato assetto normativo e giurisprudenziale, come sopra succintamente richiamato, sorprende la scelta del legislatore nazionale di prorogare ancora una volta le concessioni demaniali marittime già in essere, introducendo un ulteriore regime transitorio con la legge finanziaria n. 145/2018, nell'attesa di revisionare e riordinare la materia.

Per le Associazioni di categoria a tutela dei gestori degli stabilimenti la proroga consentirebbe di contemperare i diversi e contrapposti interessi compresenti in rilievo: con tale proroga si sarebbe assicurato ad un tempo, il rispetto dei vincoli sanciti a livello europeo dalla Direttiva Bolkenstein, considerato il carattere transitorio della disciplina che non escluderebbe, a loro dire, in maniera assoluta e definitiva l'ingresso di altri operatori economici sul mercato, ma lo differirebbe soltanto ad un momento successivo, in attesa del riordino della disciplina in materia; e dall'altro, si è evitato il determinarsi di un pregiudizio grave e irreparabile nei confronti di quegli operatori economici già operanti sul medesimo mercato, garantendogli di ammortizzare gli investimenti già realizzati.

Le predette considerazioni, tuttavia, risultano essere state già prese in considerazione dalla giurisprudenza sia europea che nazionale, e ritenute non sufficientemente meritevoli di tutela a fronte, invece, dei principi di concorrenza e di libertà di stabilimento.

Ed invero, in primo luogo con la sentenza del 14 luglio 2016, la CGUE ha ritenuto che al fine di verificare se la normativa nazionale che stabilisce la proroga delle concessioni già assentite sia in contrasto con la disciplina comunitaria, è necessaria *“una valutazione caso per caso che consenta di dimostrare che il titolare dell'autorizzazione poteva legittimamente aspettarsi il rinnovo della propria autorizzazione e ha effettuato i relativi investimenti”*¹⁶.

proroga e rinnovo automatico, determinando una disparità di trattamento tra operatori economici mediante preclusioni o ostacoli alla gestione dei beni demaniali oggetto di concessione, violano in generale i principi del diritto comunitario su libertà di stabilimento e tutela della concorrenza”. (Così Cons. St. sez. VI - 18/11/2019, n. 7874).

¹⁶ Così CGUE, sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, punto 56.

In secondo luogo, sebbene la Corte abbia precisato che una proroga di una concessione demaniale è giustificata laddove sia finalizzata a tutelare la buona fede del concessionario, ovverosia qualora questi abbia ottenuto una determinata concessione in un periodo in cui *"non era ancora stato dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo avrebbero potuto essere soggetti a obblighi di trasparenza"*, potendosi far precedere la cessazione anticipata della concessione *"da un periodo transitorio che permetta alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili, in particolare, dal punto di vista economico"*, tuttavia tale ragionamento può essere ritenuto valido per le concessioni assentite al più negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della disciplina europea in materia, essendo *"evidente che le successive proroghe non possano essere assistite dal principio della "buona fede" del concessionario, essendosi consumata la possibilità di aderire alla posizione "mitigativa" già a far data dal secondo rinnovo"*¹⁷.

Se ne deduce che le misure nazionali che prevedono una proroga automatica delle concessioni, applicata indiscriminatamente a tutte le autorizzazioni in questione, non possono essere giustificate dall'esigenza di tutelare il legittimo affidamento dei titolari di tali autorizzazioni.

Ebbene alla luce di tali considerazioni, rimane, in conclusione, da chiedersi se al fine di ottenere un ripensamento del Legislatore nazionale, in sede di previsione e di quello regionale in via attuativa, si debba attendere l'ennesima procedura di infrazione da parte dell'Europa, oppure se più ragionevolmente si voglia (finalmente) prendere atto dell'esistenza di un sistema di diritto sovranazionale, a cui l'Italia, in quanto Stato membro, è tenuta ad adeguarsi.

¹⁷ Così Cons. St. sez. VI - 18/11/2019, n. 7874.