

amministrativ@mente

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile

Gaetano Caputi

Redazione

Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 4/2022

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, José Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Coccozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

Concessioni balneari alla stretta europea. Se la soluzione venisse dal *golden power*?

di Alessandra Camaiani

(Avvocato, Dottorando in diritto amministrativo presso l'Università della Campania "Luigi Vanvitelli")

Sommario

1. Premessa metodologica, oggetto e ragione dell'indagine. – 2. Lo strumento del *golden power*. – 3. Il valore politico delle coste: l'impatto della gestione dei lidi su interessi strategici nazionali. – 4. Ancora sulla separazione tra bene e servizi. – 5. Conclusioni

Abstract

This note lingers on the possibility of understanding the golden power as an extreme barrier to the Bolkestein Directive' possible application drifts on maritime concessions for tourist-recreational purposes. While recognizing that one could be a reasonable answer, in the course of the reflection it's shown as optimal the solution of the split between land management and service concession. The text doesn't miss to remind as well that, for the truth, EU law does not impose to the States the devolution of goods and services to the market.

* Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.



1. Premessa metodologica, oggetto e ragione dell'indagine

Lo scenario di guerra non è più idea peregrina: il conflitto armato si affaccia alle porte dell'Europa. Il momento storico si caratterizza per un ritorno a politiche legislative di stampo nazionalista, preconizzato dallo slancio populista degli ultimi anni, innescato dalla reazione dei cittadini di molti Paesi europei di fronte allo scollamento tra i loro bisogni e le agende della rappresentanza. Dal canto suo, l'Europa come Istituzione pare avere perso il proprio vigore ordinante, stretta tra la fuoriuscita di Stati importanti e grossi scandali imbarazzanti. Per non parlare della incapacità a oggettivarsi come organo politico strutturato e forte.

A far da contesto a questo già preoccupante quadro la contingenza pandemica, che ha gettato il mondo intero in un clima di profonda incertezza a ogni livello, rivelando l'impotenza della tenaglia economica, orientata principalmente al profitto, di fronte alla brutalità della natura sull'uomo.

Nei comparti dell'economia, della tecnologia, dell'industria e delle risorse si riverberano gli effetti di quanto appena descritto; ultimamente, le conseguenze dirette affliggono le persone, nelle loro esistenze e nei problemi quotidiani.

Gli Stati corrono ai ripari e proiettano la legislazione in via difensiva: contrazione dei commerci, limitazione negli scambi e negli affari internazionali, rivisitazione delle politiche industriali e nelle scelte di produzione, tetto ai prezzi di mercato. Il timore reale, ma taciuto, è la fine obiettiva della società moderna per come la si è fin qui conosciuta e intesa.

Tra le misure di cautela che si inscrivono nella regolazione cautelativa, la guerra ha postulato il rinnovo della disciplina del *golden power* quale strumento di reazione preventiva al rischio di controlli e ingerenze estere in settori strategici per il Paese.

Fin qui, i poteri speciali sono stati orientati a settori quali quello dell'energia, dei trasporti, oggi anche delle telecomunicazioni. Tuttavia, la tassonomia degli *assets* rilevanti ai fini delle prerogative della *golden power* non può ritenersi un insieme finito. Per la effettiva capacità della norma a soddisfare i fini per cui è adottata, occorre considerare tale nomenclatura elastica e rivedibile in base alle necessità di volta in volta emergenti.

Sulla scorta di questa premessa qualificatoria, quindi, s'intende verificare la portata della disciplina dei poteri speciali, indagando la sua natura risolutiva per imminenti questioni che il nostro Paese è chiamato a risolvere.

Orbene, a prima vista, la vicenda delle spiagge e delle concessioni balneari con finalità turistico-ricreativa può apparire come materia avulsa dalla rappresentazione fin qui svolta; epperò, occorre indugiarvi, focalizzando l'attenzione sul nucleo problematico che l'attesa riforma pone.

Ad osteggiare l'applicazione della Bolkestein, Direttiva europea che regola il settore delle concessioni nel libero mercato, non sono solo gli operatori commerciali,



odierni concessionari. Di là dai soliti interessi singolari, tra i restii v'è anche chi ha a cuore l'interesse pubblico e scorge nella generalizzata messa a gara della gestione delle coste il pericolo della devoluzione irrimediabile di un bene pubblico primario per il Paese (non solo e non tanto in termini economici) a un livello di amministrazione interamente privatistico.

Le conseguenze sono note e riflettono le già avvenute privatizzazioni dei servizi pubblici, anche essenziali, avviate negli anni novanta e conclusesi con la recente perdita perfino della compagnia aerea di bandiera.

La stagione del *privato è bello* ha condotto alla odierna situazione in cui l'interesse singolare sovrasta quello generale, di tutela dei deboli specialmente, e l'accesso alle risorse pubbliche non è garantito come dovrebbe, posto che soggiace al presupposto ineliminabile del servizio offerto sul mercato: la moneta.

Solo la possibilità di pagamento, infatti, e a prezzi anche elevati (dato che, parallelamente, il libero mercato rifiuta interventi di protezione sociale), consente la fruizione di quel che, invece, sarebbe ad appartenenza pubblica necessaria. La gestione privata di certe *res*, inoltre, si contempera con la loro titolarità e la sviscerisce, ancorché pubblica: sebbene astrattamente il bene pubblico sia tale in termini di proprietà, ad esempio appartenendo al demanio, il rischio è che di fatto sia gestito secondo il modello della proprietà privata, determinandosi una forma di privatizzazione larvata od occulta.

Ove ciò fosse in relazione in relazione al demanio, a cominciare dal lido del mare, secondo una metafora societaria, potrebbe esser detto che passare ora, dopo i servizi, alla mercantilizzazione dei beni pubblici, specie se naturali, significherebbe *intaccare il capitale* nazionale, definitivamente ledendo i diritti dei cittadini, cui invece spetterebbe l'appartenenza *sostanziale* di tali beni.

Agli individui, infatti, occorre garantirne la fruizione mediante il ricorso a gestioni inclusive e di cura di interessi plurali, che si pongono in ontologico conflitto con le dinamiche concorrenziali promosse, invece, dalla Direttiva europea e dal mercato.

Come spesso accade e come è avvenuto anche in rapporto ai servizi pubblici, l'equivoco nell'armonizzazione multilivello origina da una cattiva interpretazione della normativa europea, richiamata ad argomento della spinta alla liberalizzazione della gestione di quanto è pubblico¹. Invece, realizzando quel cd. *margin* di *apprezzamento nazionale*, che l'Europa lascia agli Stati membri fuori dagli interessi commerciali comuni, la disciplina eurounitaria non questiona la scelta politica nazionale, ma il modo regolatorio che ne è successivo. Anche con riguardo alla gestione dei lidi italiani, la soluzione ideale sarebbe suggerita proprio dalla

¹ Tuttavia, sono ormai molte le voci in dottrina che si sono levate per evidenziare tale fraintendimento o intenzionale maschera per scelte politiche volute a livello squisitamente nazionale. Su tutti, si veda *passim* A. LUCARELLI (a cura di), *Nuovi modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, Torino, 2014.

Bolkestein che, come si avrà modo di notare nel corso dell'intervento, si autolimita nell'applicazione, escludendosi nel caso di una scelta legislativa nazionale che ponga fuori dal mercato il modello di *governance* delle spiagge.

Tuttavia, la volontà politica che occorrerebbe per siffatta soluzione virtuosa manca e non v'è bisogno di riprovarlo: a dimostrarlo sono i fatti e la testimonianza storica di quanto avvenuto coi servizi pubblici, come si è appena rammentato.

Sicché, volendo individuare delle possibili vie alternative per reazioni utili, atte a soddisfare lo scopo ricercato, e cioè quello di impedire la tragica devoluzione al mercato dei beni pubblici naturali nazionali, punto di non ritorno per la tutela dei diritti dei cittadini che vi si correlano, con il presente lavoro si è cercato di valutare la ricorribilità al *golden power* per fare sì di raggiungerlo, agendo in armonia con le regole eurounitarie.

Il risultato, come si mostrerà, è possibilista e anche se prospettato in via di (pur deprecabile) subordine, appare essere una chiave fortunata per arginare la definitiva erosione delle prerogative pubbliche nel governo dell'economia. Machiavellico, si potrà obiettare; tant'è, la valutazione di fattibilità da compiere non è politica, ma giuridica.

Occorre quindi avviare il ragionamento fotografando il rischio concreto della messa a gara delle concessioni balneari in applicazione della Direttiva n. 123/2006. Essa non ammette riserve né prelezioni, dunque astrattamente è possibile che i vincitori degli indicendi bandi siano soggetti non connazionali. Tale assunto, in uno alla considerazione della morfologia peculiare del nostro territorio, in grossa parte costiero, prospetta la prossima sfuggita del governo delle coste allo Stato. Secondo la medesima proiezione di quanto già avvenuto con i servizi pubblici, allorché a prospettazioni similari si reagiva ostentando una sicura fiducia nella legge, che avrebbe posto dei vincoli e garantito i cittadini, è attualmente corrente e serio il pericolo che tale rassicurazione sia nuovamente vana.

Comincia, perciò, a rischiararsi il nesso con i poteri speciali: se lo Stato vuole mantenere il certo controllo sul bene demaniale costiero, rilevante e strategico a fini sociali, militari ed economici, deve impedire che la sua gestione precipiti in mani private e potenzialmente non italiane. Lo strumento del *golden power* si rivela perciò idoneo al raggiungimento di tale scopo. Invero, per come rintuzzato di recente in ragione della guerra, esso mostra la propria modulabilità applicativa, trattandosi di un meccanismo elastico, adattabile ai bisogni reali della politica nazionale che, agendo in modo proporzionato, in casi estremi consente il ritiro alla mano pubblica della gestione di beni riconosciuti come *assets* strategici per il Paese.

2. Lo strumento del *golden power*



Come un Giano bifronte tra il bene ed il male, l'istituto del *golden power* presenta una natura ancipite, potendo costituire il grimaldello per un recupero del governo pubblico dell'economia², ovvero essere (inutilmente) inteso quale strumento di politica industriale nazionale³.

Con il D.l. 15 marzo 2012, n. 21, l'istituto ha fatto ingresso nell'ordinamento italiano, sostanziando un ruolo di protezione assegnato allo Stato nei riguardi di *attivi* (reti, impianti, beni e rapporti, incluse le concessioni di grande derivazione idroelettrica e di coltivazione di risorse geotermiche) di rilevanza strategica per il Paese. In una logica evolutiva, il *golden power* ha trasformato il previo strumento della *golden share*, ove lo Stato si manteneva azionista nelle operazioni che coinvolgevano detti attivi, assumendo oggi un ruolo di regolatore⁴.

Invero, le quante volte i predetti attivi, integranti espressamente interessi di rilevanza strategica per lo Stato, siano coinvolti in operazioni atte a costituire una minaccia di grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento delle reti, degli impianti e della continuità degli approvvigionamenti⁵, lo Stato può esercitare il privilegio del *golden power* e, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, adottato su conforme deliberazione del CdM (da trasmettere tempestivamente alle Commissioni parlamentari competenti), può esprimere il veto alle delibere, agli atti e alle operazioni adottate da un'impresa che detiene uno o più degli attivi, espressamente individuati dal D.P.R. 85/14.

Deve trattarsi di misure che abbiano per effetto modifiche alla titolarità, al controllo o alla disponibilità degli attivi medesimi, ovvero il cambiamento della loro destinazione, comprese le delibere dell'assemblea o degli organi di amministrazione aventi ad oggetto la fusione o la scissione della società, il trasferimento all'estero della sede sociale, la modifica dell'oggetto sociale, lo scioglimento della società, la

² Sull'importanza del consolidamento delle prerogative pubbliche in una stagione di crisi si veda R. GAROFOLI, *Golden power: mercato e protezione degli interessi nazionali*, in *Federalismi 2022*, ove si legge della «importante consapevolezza della necessità di "ricostituire", consolidare e rafforzare lo Stato, le prerogative pubbliche e gli apparati cui le stesse sono affidate, compresi quelli che presiedono alle diverse modalità attraverso cui si declina l'intervento pubblico in economia».

³ Per politica industriale si intende il complesso di interventi pubblici volti a orientare e controllare il processo di trasformazione strutturale dell'economia nazionale, muovendo dal presupposto che l'industria e la sua produzione determinino l'intero processo di trasformazione economica del Paese.

⁴ L'istituto, inoltre, armonizza la normativa nazionale con quella europea, posto che la previa disciplina, cd. *golden-share*, era stata censurata a livello sopranazionale, in quanto l'esercizio dei poteri speciali non era prevedibile dagli operatori di mercato, non essendo vincolato alla sussistenza di presupposti oggettivi predeterminati. Con sent. III Sezione, 26 marzo 2009, causa C-326/07, la C.G.U.E. ha sanzionato l'Italia – su istanza della Commissione – per violazione della libertà di stabilimento proprio in relazione alle condizioni di esercizio dei poteri speciali.

⁵ Lo Stato verifica la sussistenza di un pericolo per la sicurezza e l'ordine pubblico, compreso il possibile pregiudizio alla sicurezza e al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti, i beni e i rapporti di rilevanza strategica per l'interesse nazionale, anche se oggetto di concessioni, comunque affidate.



modifica di clausole statutarie, il trasferimento dell'azienda o di rami di essa in cui siano compresi detti attivi o l'assegnazione degli stessi a titolo di garanzia.

In questi casi, il soggetto giuridico coinvolto nell'operazione è tenuto a notificare al Governo avviso dell'avvio, consentendo così allo Stato di compiere tempestivamente le valutazioni settoriali e di tipo politico, oltreché economico, preordinate all'esercizio del *golden power* come strumento di difesa dell'interesse nazionale.

Come dianzi anticipato, la definizione dei cosiddetti attivi di rilevanza strategica per il Paese è enucleata espressamente nel Decreto del Presidente della Repubblica, del 25 marzo 2014, n. 85, costituente un primo Regolamento per l'individuazione degli attivi di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, a norma dell'articolo 2, comma 1, del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21⁶. Ivi, sono individuati, appunto, gli attivi di rilevanza strategica *nel settore energetico* (a) rete nazionale di trasporto del gas naturale e relative stazioni di compressione e centri di dispacciamento... nonché gli impianti di stoccaggio del gas; b) infrastrutture di approvvigionamento di energia elettrica e gas da altri Stati, compresi gli impianti di rigassificazione di GNL onshore e offshore; c) rete nazionale di trasmissione dell'energia elettrica e relativi impianti di controllo e dispacciamento; d) le attività di gestione connesse all'utilizzo delle reti e infrastrutture di cui alle precedenti lettere a), b) e c), *nei trasporti* (a) porti di interesse nazionale; b) aeroporti di interesse nazionale; c) rete ferroviaria nazionale di rilevanza per le reti trans-europee) e *nelle comunicazioni* (cioè le reti dedicate e nella rete di accesso pubblica agli utenti finali in connessione con le reti metropolitane, i router di servizio e le reti a lunga distanza, nonché negli impianti utilizzati per la fornitura dell'accesso agli utenti finali dei servizi rientranti negli obblighi del servizio universale e dei servizi a banda larga e ultralarga, e nei relativi rapporti convenzionali, fatte salve talune eccezioni, inclusi gli elementi dedicati, anche laddove l'uso non sia esclusivo, per la connettività (fonia, dati e video), la sicurezza, il controllo e la gestione relativi a reti di accesso di telecomunicazioni in postazione fissa).

Orbene, alla luce della ricognizione sintetica – sin qui svolta – dei caratteri primari del *golden power*, specialmente avuto riguardo alle finalità dell'istituto, è evidente che la lista degli attivi non può considerarsi tassativa, risultando l'elenco di cui al citato D.P.R. a tassonomia aperta. Come dimostrano le numerose modifiche apportate dal legislatore negli anni, infatti, l'evoluzione tecnologica, così come le esigenze empiriche, geopolitiche e geoeconomiche, che il momento storico presenta, comportano il necessario e costante adeguamento di quanto può essere classificato come avente rilevanza strategica per il Paese. Il che attesta l'opportunità di un'interpretazione sostanziale e non formale della norma in parola.

⁶ GU Serie Generale n. 129 del 06-06-2014; entrata in vigore del provvedimento: 07/06/2014.

In proposito, si pensi per esempio alle recenti modifiche intervenute sulla disciplina dell'istituto (D.l. 21 marzo 2022, n. 21 e DPCM 1 agosto 2022, n. 133) in ragione della guerra in Ucraina.

Tralasciando in questa sede l'oggetto del *novum* normativo⁷, è sufficiente la considerazione appena riferita per valutare se la gestione delle coste nazionali sia potenzialmente inscrivibile nel novero degli attivi rilevanti ai fini dell'applicazione delle prerogative del *golden power*.

3. Il valore politico delle coste: l'impatto della gestione dei lidi su interessi strategici nazionali

Se si pensa che il *golden power* mira a impedire la presenza stabile di soggetti non connazionali⁸ in certe aree espressive di interessi essenziali per il Paese, si vede come l'astratta possibilità di registrare diffusamente una gestione dei lidi italiani da parte di soggetti stranieri dovrebbe mettere lo Stato nella condizione di intervenire.

Infatti, come si è anticipato in premessa, laddove si pervenisse a una applicazione della Direttiva Bolkestein (n. 2006/123/CE) nel senso in cui sovente dottrina e giurisprudenza la intendono, si dovrebbe presto procedere con la messa a gara pubblica di una parte considerevole delle concessioni balneari oggi sussistenti⁹.

⁷ Preme, tuttavia, dar conto dell'avvenuta introduzione dell'istituto della pre-notifica, in adesione alle numerose istanze che la dottrina e gli operatori economici dei settori interessati avevano espresso nel senso della sua importanza. Lo strumento è rivolto a efficientare l'intervento pubblico e a ottimizzare l'organizzazione dei privati, evitando l'avvio del procedimento. Nei contenuti, la pre-notifica consente di considerare preliminarmente all'obbligo di pubblicità notizia l'assoggettabilità alla disciplina del *golden power* della operazione avviata.

⁸ Si veda al riguardo l'art. 25 del D.l. 21/22, rubricato «Ridefinizione dei poteri speciali nei settori di cui all'articolo 2 del decreto-legge n. 21 del 2012, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 56 del 2012», che recita: «Per le finalità di cui all'articolo 1 e al presente articolo, per soggetto esterno all'Unione europea si intende: a) qualsiasi persona fisica che non abbia la cittadinanza di uno Stato membro dell'Unione europea; b) qualsiasi persona fisica che abbia la cittadinanza di uno Stato membro dell'Unione europea e che non abbia la residenza, la dimora abituale ovvero il centro di attività principale in uno Stato membro dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo o che non sia comunque ivi stabilita; c) qualsiasi persona giuridica che non abbia la sede legale o dell'amministrazione ovvero il centro di attività principale in uno Stato membro dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo o che non sia comunque ivi stabilita; d) qualsiasi persona giuridica che abbia stabilito la sede legale o dell'amministrazione o il centro di attività principale in uno Stato membro dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo, o che sia comunque ivi stabilita, e che risulti controllata, direttamente o indirettamente, da una persona fisica o da una persona giuridica di cui alle lettere a), b) e c); e) qualsiasi persona fisica o persona giuridica che abbia la cittadinanza di uno Stato membro dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo che abbia stabilito la residenza, la dimora abituale, la sede legale o dell'amministrazione ovvero il centro di attività principale in uno Stato membro dell'Unione europea, o che sia comunque ivi stabilita, qualora sussistano elementi che indichino un comportamento elusivo rispetto all'applicazione della disciplina di cui al presente decreto».

⁹ Il Consiglio di Stato, nelle pronunce Ad. Plen. 17 e 18 del 9 novembre 2021, «consapevole della portata nomofilattica della presente decisione, della necessità di assicurare alle amministrazioni un ragionevole lasso di tempo per intraprendere sin d'ora le operazioni funzionali all'indizione di procedure di gara, nonché degli effetti ad ampio spettro che inevitabilmente deriveranno su una moltitudine di rapporti concessori», ha ritenuto che tale intervallo temporale, individuato per l'operatività degli effetti della decisione, possa essere congruamente individuato al 31 dicembre 2023. Per una linea interpretativa critica rispetto alla mera applicazione della norma sopranazionale, si vedano G. DI PLINIO, *Il Mostro di Bolkestein in spiaggia. La "terribile" Direttiva e le concessioni*



Ancorché le concessioni detengano una finalità turistico-ricreativa, non v'è chi non veda la natura strategica del controllo dei lidi, che spesso, come viene denunciato con sempre maggior frequenza, si risolve concretamente in forme di privatizzazione di fatto delle aree demaniali, essendone impedito l'accesso a discrezione del gestore¹⁰.

Ci si chiede quindi, *quid iuris* se le concessioni, prospettate come modelli di gestione efficienti, affidate ai vincitori di una gara pubblica, si risolvessero poi in larvate privatizzazioni di fatto, astrattamente sottratte in modo massiccio al controllo nazionale e magari anche entro uno scenario di guerra, niente affatto improbabile? Come si potrebbe reagire ad atteggiamenti escludenti come quelli denunciati di recente in capo ai concessionari italiani, o come potrebbero dirsi garantiti i diritti di accesso dei cittadini se non fosse più possibile fronteggiare con misure di politica sociale l'interesse privato confliggente?

Senza contare i riflessi d'incertezza sulla sicurezza nazionale. Del resto, il presidio completo e assoluto, in astratto e in concreto, della propria territorialità è il carattere minimo e necessario per la sovranità di uno stato. Invero, nonostante l'esclusione si rivolga attualmente – in modo pur gravissimo – verso i cittadini, ben potendo la forza pubblica accedere ai lidi in ogni momento, dovendo immaginare scenari bellici, risulta chiaro come il controllo sostanziale della costa da parte di soggetti stranieri, persone fisiche o, maggiormente, persone giuridiche (es., multinazionali), potrebbe determinare rischi consistenti anche per la sicurezza nazionale.

Ove alle gare ad evidenza pubblica in via di attivazione, in omaggio ai ritenuti doveri conformativi verso la normativa euro-unitaria, partecipassero direttamente soggetti non italiani, potenzialmente anche di provenienza non europea, ovvero qualora, intervenuta la concessione a vantaggio di operatori nazionali, i medesimi dovessero poi avviare operazioni rilevanti ai sensi del *golden power*, è evidente che sussisterebbero ragionevoli motivi per invocare un argine al rischio, certamente non assumibile, di assegnare il controllo costiero – di fatto – a mani straniere. Assumendo le coste come beni sostanzialmente strategici ai fini dell'esercizio dei poteri speciali dello Stato, un simile rischio pare anzi essere connaturato all'acquisto – a qualsiasi titolo – di partecipazioni in società che detengono gli attivi balneari da parte di un soggetto non connazionale, che sia di rilevanza tale da determinare l'insediamento stabile dell'acquirente in ragione dell'assunzione del controllo della società; rischio che certamente non può essere assunto né in tempi ordinari né entro scenari di conflitto militare, peraltro globalmente estesi e interessanti le soglie dell'Europa. Essendo l'Italia una penisola, potenzialmente l'intero territorio, in pochi anni,

balneari, tra gli eccessi del Judicial Italian Style e la crisi del federalizing process, in Giurcost 2020 e A. LUCARELLI, *Il nodo delle concessioni demaniali marittime tra non attuazione della Bolkestein, regola della concorrenza ed insorgere della nuova categoria "giuridica" dei beni comuni* (Nota a C. cost., sentenza n. 1/2019) in Diritti Fondamentali, 2019.

¹⁰https://napoli.repubblica.it/cronaca/2022/08/24/news/filo_spinato_a_posillipo_controlli_dei_vigili_proteste_dei_turisti_qui_il_mare_e_negato-362742360/?ref=search.



potrebbe cadere in mani esotiche, risultandone agevolate, in caso di conflitto, le azioni avverse – occulte o palesi – all'interesse nazionale¹¹.

Un primo, interessante, banco di prova per il *golden power*, che consentirebbe di sciogliere la riserva sulla sua natura positiva o perlomeno critica nel complesso delle norme ordinamentali, potrebbe essere quindi quello del futuro delle concessioni balneari con finalità turistico-ricreativa: accedendo a una interpretazione lata e sostanziale dei presupposti applicativi delle prerogative in cui si sostanzia l'istituto dei poteri cd. speciali¹², una volta verificata da parte dello Stato la sussistenza di un pericolo per la sicurezza e l'ordine pubblico riveniente da operazioni che interessino attivi essenziali per il Paese, quale certamente è la gestione amministrativa e/o fattuale delle coste nazionali, ovvero stante il possibile pregiudizio per la sicurezza e il funzionamento di beni di rilevanza strategica per l'interesse nazionale, anche se oggetto di concessioni, comunque affidate, sarebbe possibile reagire a livello politico e giuridico, compiendo un'applicazione costituzionalmente orientata del *golden power*, impiegandolo per recuperare il governo delle coste alla mano interamente pubblica.

Il diritto dell'Unione non osterebbe a un intervento statale che volesse ripristinare una gestione amministrativa pubblica delle coste¹³. Giova comunque rammentare che un simile approdo è possibile anche al di fuori dell'esercizio dei poteri speciali.

¹¹ E che la preoccupazione principale del legislatore nel tornare ad occuparsi di *golden power* sia oggi proprio il conflitto bellico corrente tra Russia e Ucraina-Alleanza Atlantica è dimostrato dal fatto che nella riforma recente, l'art. 28, temendo potenziali interferenze nell'etere, ha ridefinito i poteri speciali in materia di servizi di comunicazione elettronica a banda larga basati sulla tecnologia 5G e cloud. La stessa novella del 2022 ha perfino potenziato la capacità amministrativa della Presidenza del Consiglio dei Ministri in materia di poteri speciali senza levare particolari scandali, stante il timore della guerra.

¹² Nonostante non sfugga che si insiste, anzi, per una contraria opzione restrittiva, stante il potenziale carattere lesivo dei poteri inibitori dello Stato nei riguardi della libertà di stabilimento e di iniziativa economica, potendosi la disciplina del *golden power* risolvere altrimenti in uno strumento pubblico dirigitico dei mercati (R. CHIEPPA, *La nuova disciplina del golden power dopo le modifiche del d.l. 21/2022 e della legge di conversione 51/2022*, in *Federalismi.it*, 15 giugno 2022).

¹³ Nel ritenere applicabile la disciplina del *golden power* nel senso espresso nel corso del paragrafo, almeno in parte, ci conforta la *Comunicazione della Commissione relativa ad alcuni aspetti giuridici attinenti agli investimenti intracomunitari* (pubblicata in Gazzetta ufficiale n. C 220 del 19/07/1997 pag. 0015 – 0018, ove si legge che «potrebbero essere ammesse restrizioni discriminatorie nei confronti di investitori cittadini di un altro Stato membro dell'Unione europea, qualora esse si applichino a delle attività che in tale Stato partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri (articolo 55 del trattato) (...) Un regime particolare per gli investitori cittadini di un altro Stato membro potrebbe essere ammesso, inoltre, qualora fosse giustificato da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica (articolo 56 del trattato) (...) Anche l'articolo 73 D, paragrafo 1 consente agli Stati membri (...) «di adottare misure giustificate da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza». A norma del paragrafo 2 dello stesso articolo, è consentito inoltre applicare restrizioni in materia di diritto di stabilimento compatibili con il trattato. Nel paragrafo 3, tuttavia, si statuisce che tutte queste deroghe non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al libero movimento dei capitali».



Sussistono, infatti, almeno tre ordini di ragioni diverse che conducono al medesimo risultato sterilizzante della Direttiva *Bolkestein*, scongiurando i rischi che vi sono legati e che hanno condotto il legislatore a procrastinare sino ad oggi la messa a gara delle concessioni sulle spiagge. Non si tratta soltanto di rischi per la sicurezza nazionale. Coinvolti dalla materia delle concessioni balneari a finalità turistico-ricreativa sono, altresì, fini economici, legati alla tutela degli operatori di mercato, sociali, relativi invece alla protezione dei diritti dei cittadini e delle comunità territoriali, spesso esautorati nell'esercizio dei loro diritti primari per via di gestioni improntate alla logica del profitto o concorrenziale, nonché e non meno ambientali, che afferiscono al più elevato grado della gestione pubblica del territorio nazionale, in conformità ai principi e alle regole espresse nel tessuto costituzionale. Le perplessità sull'applicazione *sic et simpliciter* della Direttiva europea non paiono, pertanto, affatto peregrine¹⁴.

Venendo, quindi, agli argomenti a sostegno dell'assenza di conflitto col diritto dell'Unione nell'istituire modelli di *governance* dei beni o servizi pubblici completamente votati alla logica pubblicistica, occorre anzitutto osservare che spesso la narrativa politica di partito richiama la normativa europea per giustificare la devoluzione al mercato e alle regole privatistiche della gestione e/o della titolarità di beni e servizi. Tuttavia, tale assunto non risulta veridico.

Circa la titolarità del bene o del servizio, già la Comunicazione della Commissione U.E. del 1997, n. 202 è lapalissiana nel riferire che riguardo ai «programmi di privatizzazione avviati negli ultimi anni da alcuni Stati membri (...) È opportuno sottolineare (...) che il passaggio di un'impresa dal settore pubblico al settore privato è una scelta di politica economica che, in quanto tale, rientra nella competenza esclusiva degli Stati membri, in base al principio di neutralità del trattato nei confronti del regime di proprietà, enunciato nell'articolo 222 del trattato [CEE] stesso». Orbene, tale articolo precisa «Il presente trattato lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri», confermando così che non sussiste alcun obbligo da parte della normativa europea tale per cui occorrerebbe accedere a un depotenziamento del potere pubblico nella titolarità dei beni e servizi pubblici.

Identicamente, ciò avviene in relazione ai modelli di gestione: non sussiste alcun obbligo comunitario di liberalizzare la gestione di beni e servizi pubblici. Soltanto, in base alla normativa euro-unitaria, se lo Stato sceglie di ricorrere al mercato, si assoggetta alle sue regole come un qualunque operatore privato commerciale (come si vedrà *amplius infra*, la disciplina dell'Unione lascia liberi gli Stati membri di

¹⁴ Peraltro, quanto alla trasparenza nella scelta del gestore e alle ragioni di legittimità e opportunità nel rinnovare le concessioni in essere, non si ritiene necessario richiamare la normativa sopranazionale, essendo sufficiente il diritto interno oggi che è venuto meno il diritto di insistenza (art.37 Cod. Nav.).

adottare scelte di *government*, mentre interviene a valle, a modulare la *governance*, allorché con la scelta presupposta – a livello nazionale – si sia optato per il ricorso al mercato).

Anche con riguardo alla disciplina speciale, non sembra darsi applicazione della Bolkestein in rapporto alle concessioni balneari, nonostante la finalità turistico-ricreativa, suscettibile di qualificazione economica.

Invero, la Direttiva del 2006 all'art. 12, par. 3, lascia al legislatore un margine di apprezzamento nazionale, tale che, nel disciplinare la materia, può bilanciare la regola della concorrenza con altri motivi di interesse generale¹⁵. Si tratta di motivi di salute pubblica, obiettivi di politica sociale, sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario.

Tra questi ultimi si ritiene di potere inscrivere la tutela dei beni pubblici e della loro fruizione¹⁶, da garantire come libera e tendenzialmente non escludibile. Da ciò discende che la tutela del bene, come della sua fruizione, rappresentano motivi imperativi di interesse generale, conformi al diritto U.E., astrattamente prevalenti sulla regola della concorrenza¹⁷.

¹⁵Come confermato anche dalla Corte di giustizia, nella nota sentenza *Promoimpresa e Melis* (14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15).

¹⁶ Da intendere come SIG, servizi non economici o sociali, basati – e quindi erogati – sulla scorta dei principi di solidarietà e accesso paritario. Esempio paradigmatico della categoria sono i servizi pubblici, soprattutto essenziali. Dunque, in applicazione del considerando 17 della Direttiva, la Bolkestein non trova in tal caso applicazione, limitandosi solo ai servizi prestati dietro corrispettivo economico (SIEG).

¹⁷ E' interessante e degna di accoglimento anche la tesi sostenuta dal Cons. R. CAPONIGRO nella Relazione del convegno "Le concessioni demaniali marittime: una fine o un inizio?", svoltosi a Maruggio (Taranto) in data 16 settembre 2022, disponibile in Italiappalti col titolo *Le concessioni demaniali nel rapporto con la Corte di Giustizia Europea*. Nel contributo si legge che «come indicato all'art. 2 della direttiva 2014/23/UE, la direttiva concessioni si applica all'aggiudicazione di concessioni di lavori o di servizi, ma non si applica alle concessioni di beni, tra cui le concessioni demaniali. Ugualmente, l'art. 164 del d.lgs. n. 50 del 2016 indica che le disposizioni di cui alla parte III del codice, definiscono le norme applicabili alle procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi indette dalle amministrazioni aggiudicatrici, nonché dagli enti aggiudicatori qualora i lavori o i servizi siano destinati ad una delle attività di cui all'allegato II. In tale ottica, ai sensi del considerando n. 15 alla direttiva concessioni, è stato specificato che «taluni accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, quali terreni o qualsiasi proprietà pubblica, in particolare nel settore dei porti marittimi o interni o degli aeroporti, mediante i quali lo Stato oppure l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore fissa unicamente le condizioni generali d'uso senza acquisire lavori o servizi specifici, non dovrebbero configurarsi come concessioni ai sensi della presente direttiva». Pertanto, le norme sulle procedure di aggiudicazione finalizzate alla scelta del concessionario previste nella direttiva concessioni, così come nel vigente codice nazionale dei contratti pubblici, sono propriamente riferite alle concessioni di lavori e di servizi e non anche alle concessioni di beni pubblici, per le quali, invece, occorre individuare una diversa fonte normativa di riferimento». L'assunto confermerebbe la non applicabilità della *Bolkestein quoad materiam* (concessioni demaniali) e conforta, altresì, la tesi che si sosterrà *infra*, a mente della quale è possibile recuperare uno spazio applicativo per la Direttiva del 2006 solo attraverso la scissione tra il bene – mai concedibile – e il servizio – sempre da affidare mediante gara pubblica.

Inoltre, anche allorché si ritengano cadere le concessioni balneari nel fuoco applicativo della Direttiva n. 123/06, i già menzionati motivi di interesse generale consentono comunque di derogare all'applicazione delle norme che tutelano la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei capitali, alla cui tutela la norma in parola si proietta.

Infatti, lo riprova ancora la Comunicazione della Commissione del 1997, n. 202, «Dall'analisi dei provvedimenti a carattere restrittivo per gli investimenti intracomunitari emerge che i provvedimenti discriminatori (cioè quelli che si applicano esclusivamente agli investitori cittadini di un altro Stato membro dell'UE) saranno giudicati incompatibili con gli articoli (...) del trattato – relativi alla libera circolazione dei capitali e al diritto di stabilimento –, a meno che non rientrino nel quadro di una delle deroghe previste dal trattato stesso. I provvedimenti non discriminatori (cioè quelli che si applicano ai cittadini nazionali e ai cittadini di un altro Stato membro dell'UE) sono ammessi se si fondano su una serie di criteri obiettivi, stabili e resi pubblici e possono essere giustificati da motivi imperiosi di interesse generale. Va comunque rispettato il principio di proporzionalità»¹⁸.

Sicché, il diritto dell'Unione non obbliga alla privatizzazione e nemmeno alla devoluzione concorrenziale della gestione di beni e servizi pubblici, né a livello di principi generali, né con riguardo alla disciplina speciale, individuata dalla Bolkestein.

Se tanto potrebbe bastare a escludere una gestione dei lidi praticata secondo le regole di mercato, altrove¹⁹ si è fornita una soluzione che preme ribadire in questa sede, confermandosi quale possibile via per un'armonica composizione del conflitto tra interessi coinvolti nella questione delle concessioni balneari italiane nel contesto giuridico europeo.

¹⁸ Si veda al riguardo anche ord. TAR Lecce, 11 maggio 2022, n. 743, che dubita della proporzionalità nell'applicazione della *Bolkestein*, una misura per cui se «nel conferimento o nel rinnovo delle concessioni, andrebbero evitate ipotesi di preferenza "automatica" per i gestori uscenti, in quanto idonei a tradursi in un'asimmetria a favore dei soggetti che già operano sul mercato» è pur vero che «i criteri di selezione dovrebbero dunque riguardare la capacità tecnica, professionale, finanziaria ed economica degli operatori, essere collegati all'oggetto del contratto e figurare nei documenti di gara. Nell'ambito della 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 dell'accesso al settore di nuovi operatori».

¹⁹ A. CAMAIANI, *Concessioni demaniali marittime a finalità turistico-ricreativa: l'occasione definitiva per la tutela dei beni comuni in Coste e diritti. Alla ricerca di soluzioni per le concessioni balneari*, A. COSSIRI (a cura di), 2022, p. 205 e segg.



È attraverso la separazione tra bene e servizio che si può agilmente superare il contrasto interpretativo insorto sulla natura giuridica della Direttiva *Bolkestein*²⁰, nonché sul suo perimetro applicativo, ed è perciò su tale base che può armonizzarsi la disciplina nazionale con quella euro-unitaria, garantendo proporzionalità e cogliendo l'occasione per una riqualificazione dell'intero assetto ordinamentale in senso costituzionale.

4. Ancora sulla separazione tra bene e servizi

Gli interessi economici di cui si fa garante l'Europa con la Direttiva n. 123/06 potrebbero ugualmente essere soddisfatti mediante la separazione giuridica, ma ben prima materiale e concettuale, del bene dai servizi che vi insistono, solo questi secondi avendo un valore commerciale rilevante ai fini della sua applicazione²¹.

A dispetto del *nomen* «concessioni demaniali», oggetto della concessione balneare con finalità turistico-ricreativa non può essere ritenuto il bene di per sé, ma piuttosto i servizi che vi si svolgono superficialmente.

Invero, il lido del mare è oggi un bene pubblico demaniale, potenzialmente riconducibile alla categoria dei beni comuni, in quanto rientra tra le *res communes omnium*, come noto non suscettibili di gestioni svolte secondo criteri concorrenziali. Beni di tal fatta si connotano per soddisfare diritti fondamentali degli individui e perciò la loro fruizione non può essere limitata (salvo che non sussistano ragioni di salvaguardia del bene medesimo, nel quale caso, però, è la legge a regolarne la godibilità limitata, consentendone comunque una fruizione diffusa). L'assegnazione a un singolo concessionario, quindi, anche se compiuta per l'esercizio di attività di interesse generale e per un periodo di tempo determinato, non pare armonizzarsi con la natura giuridica del bene.

Occorrerebbe, anzi, restituire alla collettività un bene che le appartiene e di cui oggi non può godere in modo libero e pieno per via della sostanziale immedesimazione che si compie, per il tramite della concessione, tra servizi e *res*; immedesimazione che spesso conduce il concessionario gestore ad atteggiarsi come un proprietario di fatto del lido²².

²⁰ Si è registrata in giurisprudenza incertezza sulla natura giuridica della *Bolkestein* come *self-executing* e non piuttosto come norma di armonizzazione, con conseguente perdita del suo valore dispositivo e cogente, solo orientandosi all'armonizzazione, appunto, delle discipline dei vari stati membri in materia di concorrenza (si veda in tal senso ord. TAR Lecce, 11 maggio 2022, n. 743).

²¹ Come già osservato *supra* alla nota 14 e scandito dal Cons. di Stato con la sent. n. 4949/2022 in merito alla differenza tra concessioni di beni e concessione di lavori e servizi, solo a questi ultimi e non ai primi sarebbe applicabile la *Bolkestein*.

²² Come di recente denunciato da *Il mare negato di Roma - Libro Bianco sul muro di illegalità e cemento che ha cancellato il mare della Capitale*, D. RUGGIERO (a cura di) per Ass. Mare Libero, 2022; R. BELLO, *I diritti dei bagnanti: spiagge libere e diritto di accesso al mare* in Diritto.it, 2022; G. AMENDOLA, *Spiagge e mare sono un diritto di*

Vieppiù, il lido del mare, preferibilmente quale bene appartenente ai desiderabili *common goods* – ma anche nell'attuale stato di mero bene pubblico – incoraggerebbe forme di partecipazione diretta dei cittadini nell'attività di cura dello stesso e il diritto democratico dell'uso di risorse e spazio pubblico come luoghi di espressione di bisogni autentici delle collettività, di produzione di stili di vita e di nuove economie²³.

Scindendo la gestione del bene da quella dei servizi, sarebbe immaginabile, quindi, il seguente scenario: chiarito che la materia delle concessioni demaniali marittime non costituisce oggetto della Direttiva 2006 (o che comunque integra un caso di deroga alla sua applicazione), quanto al suolo, la gestione potrebbe essere devoluta secondo criteri di sussidiarietà orizzontale (art.118, comma 4, Cost.). Tale principio favorisce l'iniziativa autonoma dei cittadini, singoli o aggregati, nello svolgimento di attività di interesse generale. Nella gestione dei beni e dei servizi pubblici, i cittadini si rendono parte attiva nella cura del bene. All'Ente pubblico, meglio se Locale – per il diverso principio della sussidiarietà verticale (artt. 5 e 118, comma 1, Cost.) –, compete il potere di controllo e di vigilanza sull'efficienza e il buon andamento della gestione partecipata.

Ricorrendo agli strumenti pattizi, specialmente al partenariato pubblico privato o sociale (cd. baratto amministrativo – art.190 D.lgs. n. 50/2016), ovvero ai contratti di disponibilità (art. 188 c.c.p.), è possibile immaginare modelli di gestione delle coste attivabili in base a proposte provenienti dalla (o rivolte alla) cittadinanza per la cura del bene nell'interesse collettivo.

Quanto ai servizi, il sicuro interesse economico delle accessorialità balneari (SIEG), corrisposte da un prezzo, e cioè ristorazione, comfort (sdraio e ombrelloni), attività ludiche e sportive (gonfiabili per bambini, noleggio di pattini e canoe), consente di mantenere sostanzialmente identico all'odierno il quadro gestorio dei litorali, applicando la Direttiva n. 123/2006 per mandarne a gara con frequenza regolare – e breve – la gestione.

In conclusione, salvaguardando il bene nella sua identità, lo schema *separatista* proposto lascia coesistere distinte realtà e compone bisogni tra loro confliggenti: le

tutti: impedirne l'uso pubblico è reato, ne Il Fatto Quotidiano 2020 e Il Diritto di Accesso al Mare, relazione di G. P. CIRILLO al convegno *In litoremaris – Poteri e Diritti in Fronte al Mare*, Sestri Levante, 15 e 16 giugno 2018.

In A. COSSIRI, *Coste e diritti*, op. cit. si giungeva a prospettare l'utilità della giuridificazione della categoria dei beni comuni, che faciliterebbe l'inescludibilità dal bene e che prediligerebbe forme partecipate di *governance*.

²³ U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, Laterza, 2011; S. RODOTÀ, *I beni comuni. L'inaspettata rinascita degli usi collettivi*, Napoli, La Scuola di Pitagora 2018. A ben vedere, si tratta dell'attuazione del principio di solidarietà orizzontale, espresso all'art.118, comma 4, Cost. Come noto, tale principio si sostanzia nel *favor* dell'ordinamento verso l'iniziativa autonoma dei cittadini, singoli o aggregati, nello svolgimento di attività di interesse generale. Secondo alcuni [G. ARENA, *Cittadini attivi*, Roma-Bari, Laterza, 2006, p. 62] si tratta di una norma precettiva, quindi direttamente incidente nelle modalità concrete di gestione dei beni e dei servizi pubblici: i cittadini si rendono parte attiva nella cura del bene insieme alle amministrazioni, cui rimane in capo un ruolo di vigilanza, controllo e sanzionatorio.

necessità di tutela del lido del mare, degli interessi civici e pubblici, oltreché economici, sono tutte parimenti soddisfatte, in perfetta conformità con la normativa europea di settore e col contestuale rispetto delle regole generali di concorrenza, libertà di stabilimento e d'iniziativa economica sancite dai Trattati.

5. Conclusioni

Con la presente trattazione si è svolta una riflessione sul *golden power*, verificando se esso possa costituire un *commodus discessus* per disinnescare la portata negativa – in termini di impatto sullo stato economico e, ben più, politico nazionale – della prossima devoluzione a gara delle concessioni balneari con finalità turistico-ricreativa, aperte anche a operatori transfrontalieri.

Tale istituto consente allo Stato di mantenere un'influenza determinante in settori di rilevante interesse nazionale, quale indubitabilmente è quello della gestione delle coste²⁴ (ancorché con riguardo a concessioni con finalità turistico-ricreativa) e dunque i poteri speciali potrebbero fungere da grimaldello per innescare il rilancio del governo pubblico dell'economia²⁵.

Come si è visto, infatti, accedendo a una interpretazione sostanziale e lata di «interesse strategico nazionale» e considerando non tassativa la classificazione normativa degli *attivi* strategici per il Paese, può ben ammettersi che il legislatore nazionale innovi l'attuale tassonomia, iscrivendovi ulteriori *assets* da proteggere perché riguardanti settori strategici o perché necessari a preservare l'indipendenza economica nazionale in taluni ambiti.

Per l'effetto, ove ciò avvenga, lo Stato può apporre il veto a qualsiasi operazione valuti come rischiosa per l'interesse alla sicurezza nazionale, impedendo che si realizzi un'acquisizione straniera di quei medesimi *attivi* ritenuti idonei a compromettere essenziali interessi nazionali.

Nonostante chi ritenga che il *golden power* dovrebbe mantenere un carattere di eccezionalità, connotando una gestione patologica del mercato, specialmente intra-U.E., sussistendo altrimenti il rischio che i poteri speciali vengano interpretati «come uno strumento pubblico dirigistico dei mercati»²⁶, la circostanza della loro attivazione consentirebbe di individuare l'occasione per un *riarmo* della pubblica

²⁴ Come di recente sostenuto anche dal Ministro per le politiche del mare (<https://www.mondobalneare.com/balneari-musumeci-no-a-lobby-straniere-al-posto-di-attuali-imprese/>).

²⁵ «Tanto più in una stagione così prolungata di crisi (dapprima quella economico-finanziaria, poi quella pandemica e in ultimo quella internazionale)», commenta ancora R. Garofoli nel testo già citato *supra*, «è necessario un governo pubblico dell'economia che impedisca quelle operazioni dirette «ad acquisire il possesso di tecnologie avanzate, a guadagnare l'accesso a risorse naturali o a migliorare la competitività di imprese estere concorrenti di quelle da acquistare».

²⁶ «Tenuto anche conto che la Commissione valuterà la nuova disciplina non solo in astratto, ma anche per come in concreto verrà applicata» in R. CHIEPPA, op. cit.



amministrazione²⁷ rispetto alla regolazione privata che troppo spesso, dalla stagione delle privatizzazioni in avanti, ha prevaricato la gestione pubblica di beni e servizi. Del resto, anche in via ordinaria si è avuto modo di riscontrare come la disciplina europea non osti astrattamente alla libera scelta degli Stati membri sull'*an* del ricorso al mercato.

Le quante volte uno Stato membro, nell'esercizio della propria autonomia sovrana, decida di gestire in mano pubblica beni o servizi, trattenendo presso di sé o revocando dalla regolazione privata le gestioni, non sussiste alcuna contrapposizione tra mercato e interesse nazionale, poiché il mercato non entra realmente in gioco. L'Europa, infatti, con la sua disciplina è chiara nel disporre che **solo se** la riserva sull'*an* del ricorso al mercato viene sciolta dallo Stato membro in un senso positivo, allora anche il pubblico operatore soggiace alle Sue regole, non potendosi ammettere posizioni di privilegio atte a falsare le normali dinamiche commerciali²⁸; diversamente, però, non esiste conflitto alcuno col diritto sopranazionale per la scelta interna di gestire beni e servizi di interesse generale in regime di diritto pubblico, ancorché essi siano suscettibili di valutazione economica e nonostante l'esauribilità della risorsa, carattere che rileva solo se si opera secondo le regole commerciali²⁹.

Sembra, perciò, possibile revocare alla mano pubblica certe gestioni di servizi e beni pubblici³⁰, a conferma della libertà dello Stato di scegliere cosa devolvere al mercato e cosa trattenere presso di sé – senza imporre irragionevoli oneri motivazionali come quelli di recente prospettati dal cd. DDL Concorrenza, che addirittura vorrebbe, al rovescio, che l'organo pubblico motivasse il perché del mancato ricorso al mercato³¹.

Ancora una volta sembra essere proprio la normativa europea a guidare le scelte politiche nazionali, niente affatto ostando a soluzioni di tutela plurima, che si occupino di garantire le coste, quindi i cittadini, oltre alla sicurezza nazionale, e il rispetto dei Trattati.

²⁷ Sul disarmo della Pubblica Amministrazione si veda A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari, Laterza, 2013, p.32 e segg.

²⁸ A riprova dell'indifferenza sostanziale dell'Unione verso le scelte politiche dei Paesi membri si veda C.G.U.E., Sez. IX, 6 febbraio 2020, cause riunite da C-89/19 a C-91/19, già anticipata dalla sent. Irgita, C.G.U.E. del 3 ottobre 2019, richiamata *quoadmotivatiorem*.

²⁹ Il riferimento è qui al concetto di scarsità della risorsa, come noto introdotto dalla sentenza del 14/07/2016, *Promoimpresa e M. Melis e a.*, in tema di concessione di aree demaniali marittime ai sensi della Dir. 2006/123/CE.

³⁰ Fortunata in tal senso è l'esperienza dell'Azienda Speciale ABC Napoli, nata per volontà dell'amministrazione comunale napoletana che ha mutato la forma giuridica privata dell'ARIN S.p.a. in una azienda a capitale e gestione interamente pubblici, secondo il modello del cd. passaggio regressivo (Cons. Stato, sent. n. 3946 del 27 giugno 2018).

³¹ Il riferimento è qui alla proposta contenuta nell'art. 6 della Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, a mente del quale «Il comma 2 elenca i seguenti principi e criteri direttivi da rispettare ai fini dell'adozione del predetto decreto legislativo (...) g) previsione dell'obbligo dell'ente locale, nei casi di cui alla lettera f), di trasmettere tempestivamente la decisione motivata di utilizzare il modello dell'autoproduzione all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, anche razionalizzando la disciplina vigente sugli oneri di trasparenza in relazione agli affidamenti *in house*».

Tuttavia, se si preferisse una soluzione più temperata, ritenendo l'applicazione dei poteri speciali non conforme alla normativa euro-unitaria, in quanto integrante una forma di sfiducia generalizzata verso l'apertura a interessi commerciali transfrontalieri, ove volta a impedire forme immediate (come la partecipazione e/o la vittoria della gara pubblica) o successive (come l'acquisizione o l'inglobamento *ex post* del concessionario nazionale) di ingresso di soggetti internazionali nell'economia del Paese, una valida alternativa potrebbe essere offerta dallo schema separatista tra il bene spiaggia e i servizi che su di esso si prestano, le cd. accessorialità balneari turistico-ricreative³².

Tale strada è già praticabile nella vigente disciplina dei beni pubblici e potrebbe perfino ottimizzarsi se si provvedesse a introdurre nell'ordinamento la categoria dei beni comuni.

³² Anche ritenendo soverchiante il valore economico dei servizi coinvolti dalla gestione delle coste, vale comunque considerare che la Direttiva n. 123/06 non obbliga alla devoluzione concorrenziale degli stessi ove sussistano motivi di interesse generale prevalenti, tra i quali sembra necessario inscrivere la libera fruizione delle spiagge, che ne proietta la gestione verso la mano pubblica, non potendosi immaginare scenari di permanente esclusione della cittadinanza dal loro godimento.