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. 2/2021

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, 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, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

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

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

"L'insostenibile proroga delle concessioni del demanio marittimo tra tutela della concorrenza ed esigenze di ripartenza".

di Guido Sorrentino

(Dottore in Giurisprudenza)

Sommario

1. Premesse sistematiche. Il quadro normativo (nazionale ed europeo) dall'abrogazione del "diritto di insistenza" alle asistematiche proroghe ultradecennali. 2. Le ultime proroghe anticomunitarie. Alcune note di diritto europeo e comparato. – 3. Le più recenti acquisizioni giurisprudenziali nel sempre più confuso quadro ordinamentale. Brevi citazioni di diritto regionale. – 4. Il controverso destino dei provvedimenti adottati in violazione delle norme europee. – 5. La necessaria ricerca di un equilibrio tra disegni di legge dimenticati e prospettive di riforma. La possibilità transitoria della "rinegoziazione". – 6. Riflessioni conclusive. L'(ultima) occasione del Piano nazionale di ripresa e resilienza.

Abstract

The paper deals with the uneasy legal discipline of the maritime domain state concessions, after the last formal notice of the European commission to the Italian Republic, keeping in consideration the actual European Union and national legal framework (both legislative and judiciary). The work, in particular deals with the last extension of those concessions and its incompatibility with the European competition and market rules. The paper analyzes the last judiciary decision of Italian administrative courts and of the Council of State that, as criminal judges and the Constitutional Court, all reject to apply the Italian law that contrasts with the European law. Then, even by a comparative study of other European Union member States law, the work tries to give a contribution to a new and not more postponable bill on concession that the Italian Republic has to approve in order to get the national recovery plan approved by the European commission. The work tries to also find some temporary solutions for those concessionaries who have suffered from the pandemic. In addition, the paper also deals with the controversial fate of those administrative acts adopted on that of such a national law declared incompatible with the European Union law, trying to find an answer on this complex theme, not at the same way dealt by doctrine and by the judiciary.

ISSN 2036-7821

1. Premesse sistematiche. Il quadro normativo (nazionale ed europeo) dall'abrogazione del "diritto di insistenza" alle asistematiche proroghe ultradecennali.

«La Commissione europea ritiene che la Repubblica italiana non abbia ottemperato agli obblighi imposti dall'articolo 12 della direttiva sui servizi e dall'articolo 49 T.F.U.E.».

Così si conclude – in maniera lapidaria – la comunicazione della Commissione al Governo italiano del 3 dicembre 2020, che assegna(va) al nostro paese, onde evitare l'avvio (ormai inevitabile) di una procedura di infrazione, sessanta giorni per la presentazione di controdeduzioni in ordine alle reiterate proroghe delle concessioni demaniali marittime[1] adottate dall'Italia negli ultimi anni.

Caratterizzate da una disciplina[2] sempre più incerta e asistematica, tali concessioni sono da tempo al centro di un articolato e complesso dibattito, sfociato negli interventi normativi posti (ancora una volta) sotto la lente d'ingrandimento della Commissione.

Nel prosieguo del presente lavoro, dopo una breve ricostruzione del regime giuridico delle concessioni del demanio marittimo con finalità turistico-ricreative ed alcuni esempi di diritto comparato, alla luce degli indirizzi giustiziali europei e nazionali (sia del Giudice amministrativo che di quello penale, nonché del Giudice delle leggi) e del dibattito sviluppatosi in ordine alla patologia dei provvedimenti adottati in attuazione di norme anticomunitarie, si proveranno a tracciare le linee di

[1] Il tema dei beni pubblici (e di quelli del demanio marittimo) e del regime ad essi applicabile è stato oggetto di plurimi contributi tra cui, *ex multis*, A.M. SANDULLI, (voce) *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, 1959, V, pag. 227 ss.; B. MURRONI, *Demanio marittimo*, Bologna, 1980; L. BENVENUTI, *La frontiera marina*, Padova, 1988; M.L. CORBINO, *Il demanio marittimo. Nuovi profili sostanziali*, Milano, 1990; C. ANGELONE, G. SILINGARDI, *Il demanio marittimo. Rassegna sistematica di giurisprudenza*, Milano, 1999; AA. VV., *La gestione del demanio marittimo. Dallo Stato, alle Regioni, ai Comuni*, Milano, 2002; M. OLIVI, *Profili evolutivi dei beni demaniali marittimi*, in *Dir. Mar.*, II, 2004, pag. 365 ss.; F. DI LASCIO, *Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2009, PAG. 789 ss.; G. MARCHEGIANI, *Le concessioni demaniali marittime e la sindrome di LochNess*, in *Giustamm.it*, 10, 2015.

[2] La disciplina delle concessioni del demanio marittimo si rinviene nel Codice della navigazione (regio decreto 30 marzo 1942, n. 327) più volte novellato. La stessa locuzione "concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico-ricreative" compare per la prima volta nel più recente decreto-legge 4 dicembre 1993, n. 400 (conv. in legge 4 dicembre 1993, n. 494 e recante «disposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime») ai sensi del cui art. 1: «*La concessione dei beni demaniali marittimi può essere rilasciata, oltre che per servizi pubblici e per servizi e attività portuali e produttive, per l'esercizio delle seguenti attività: a) gestione di stabilimenti balneari; b) esercizi di ristorazione e somministrazione di bevande, cibi precotti e generi di monopolio; c) noleggio di imbarcazioni e natanti in genere; d) gestione di strutture ricettive ed attività ricreative e sportive; e) esercizi commerciali; f) servizi di altra natura e conduzione di strutture ad uso abitativo, compatibilmente con le esigenze di utilizzazione di cui alle precedenti categorie di utilizzazione*». Il tema è stato oggetto di plurimi contributi dottrinali: tra i più recenti e meritevoli si segnalano M. DE BENEDETTO (a cura di), *Spiagge in cerca di regole. Studio d'impatto sulle concessioni balneari*, Bologna, 2011, C. BENETAZZO, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, in *Federalismi.it*, 25, 2016, A. GIANNELLI, *Concessioni di beni e concorrenza. Contributo in tema di compatibilità tra logica proconcorrenziale e principi di diritto interno in tema di concessione di beni pubblici*, Napoli, 2017, F. ARMENANTE, *La non disciplina delle concessioni demaniali: dall'abrogazione dell'innaturale diritto di insistenza alle plurime asistematiche proroghe anticomunitarie*, in *Riv. giur. edilizia*, 4, 2020, pag. 261 ss.

ISSN 2036-7821

una possibile ed ormai non più rinviabile riforma del settore, soffermandosi sulle prospettive future che, nel dialogo con le istituzioni europee, impongono un necessario (e realizzabile) bilanciamento tra le esigenze di tutela della concorrenza e quelle di ripartenza del settore dopo l'emergenza sanitaria.

Preliminarmente, una breve ricostruzione del quadro normativo.

Una prima disciplina delle concessioni del demanio marittimo si rinviene negli artt. 36 e 37 del citato Codice della navigazione, disciplinanti la concessione per l'occupazione e l'uso temporaneo di aree demaniali o di mare territoriale e le relative modalità di scelta del concessionario: in tale contesto si rinveniva il c.d. "diritto di insistenza"[3] (al secondo comma dell'art. 37) ossia una immotivata posizione di preferenza riconosciuta in capo al concessionario uscente.

Col tempo, a valle del lungo dibattito dottrinario e giurisprudenziale in ordine alla compatibilità del "diritto di insistenza" con l'ordinamento europeo, ed alla luce di procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea, si è pervenuti all'abrogazione del secondo periodo del secondo comma dell'art. 37 del Codice della navigazione, contestualmente disponendo una "prima"[4] proroga al dichiarato scopo di tutelare il legittimo affidamento del concessionario uscente.

Successivamente, falliti i tentativi di riforma del settore[5], venne disposta una ulteriore proroga (la "seconda")[6] oggetto di rinvii pregiudiziali decisi dalla Corte di giustizia dell'Unione europea.

In particolare, ha fortemente inciso nel dibattito la nota decisione dei Giudici di Lussemburgo del 14 luglio 2016[7] che ha ravvisato il contrasto della normativa nazionale con l'art. 12 della direttiva sui servizi nel mercato interno 2006/123, nella parte in cui prevede(va) la proroga automatica delle concessioni marittime, lacuali e fluviali in essere, in assenza di qualsivoglia procedimento selettivo[8]: insomma,

[3] Era previsto: «*È altresì data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze*". Tale disposizione è stata abrogata ad opera dell'art. 1, comma 18, del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194 (conv. in legge 26 febbraio 2010, n. 25).

[4] L'art. 1, comma 18, del decreto Milleproroghe del 2009 (decreto-legge n. 194) ha per primo disposto la proroga delle concessioni demaniali marittime sino al 2015.

[5] Ci si riferisce, in particolare, alla delega non esercitata dal Governo di cui all'art. 11 della legge 15 dicembre 2011, n. 217.

[6] Con l'art. 34-*duodecies*, comma 1 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, la precedente proroga è slittata al 2020.

[7] Nelle cause riunite C-458/14, Promoimpresa s.r.l. e C-67/15, Mario Melis e altri, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 3, pag. 903 ss., con nota di L. DI GIOVANNI, *Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga* ex lege, *ibidem*, pag. 912 ss. Sulla medesima decisione della Corte di giustizia cfr. A. SQUAZZONI, *Il regime di proroga delle concessioni demaniali marittime non resiste al vaglio della Corte di giustizia*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016; L CAIANIELLO, *Concessioni demaniali marittime fino al 2035: alcune precisazioni in ordine alle proroghe dei titoli*, in *Foro amm.*, 2018.

[8] La Corte ha ritenuto contrastante con il diritto europeo l'art. 1 del decreto-legge n. 194/2013, nella parte in cui stabilisce che «*nelle more del procedimento di revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi, lacuali e fluviali con finalità turistico-ricreative e sportive, nonché quelli destinati a porti turistici, approdi e punti di ormeggio dedicati alla nautica da diporto* […] *nonché in funzione del superamento del diritto di insistenza*

ISSN 2036-7821

secondo la Corte, una proroga *ex lege* delle concessioni è da ritenersi equivalente ad un rinnovo automatico espressamente vietato dall'art. 12 della sopra emarginata direttiva.
Successivamente, la Corte ha confermato detti principi, evidenziando come le disposizioni del capo III della direttiva sui servizi si applicano anche ad una fattispecie i cui elementi rilevanti si collocano all'interno di un solo Stato membro, così sterilizzando ogni suggestiva interpretazione in ordine all'applicabilità della stessa alle sole concessioni di rilevanza transfrontaliera[9].
Senonché, il Legislatore ha persistito nel disporre illegittime proroghe, anche ultradecennali.

2. Le ultime proroghe anticomunitarie. Alcune note di diritto europeo e comparato.
Nonostante le citate e pacifiche acquisizioni della Corte di giustizia, largamente condivise dal Giudice nazionale[10], con singolari motivazioni, è stata disposta una "terza" proroga – ultradecennale – delle concessioni in essere: ed infatti, al dichiarato fine di tutelare l'occupazione e il reddito delle imprese dai danni causati dai cambiamenti climatici, la legge di bilancio n. 145 del 30 dicembre 2018 ha prorogato le concessioni per altri quindici anni[11].
Non pago dell'effetto (distorsivo) ottenuto, il Governo, con il decreto n. 34 del 19 maggio 2020[12] – con evidenti fini elusivi di eventuali disapplicazioni (sostanziali o

di cui all'articolo 37, secondo comma, secondo periodo, del codice della navigazione, il termine di durata delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto e in scadenza entro il 31 dicembre 2015 è prorogato fino al 31 dicembre 2020».

[9] Corte Giustizia UE, 30 gennaio 2018, causa C-360/15 *Visser*, in *www.eur-lex.europa.eu*, su rinvio pregiudiziale proposto dalla Corte suprema e dal Consiglio di Stato dei Paesi Bassi.

[10] Cfr. *infra* par. 3 per le più recenti acquisizioni giurisprudenziali del foro interno. Basti per ora segnalare che, successivamente all'abrogazione del "diritto di insistenza", si è rafforzata la posizione per cui l'Amministrazione che intenda a procedere ad una nuova concessione del bene demaniale marittimo deve indire una procedura ad evidenza pubblica dando prevalenza alla proposta di gestione privata del bene che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e risponda ad un più rilevante interesse pubblico (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 13 aprile 2017, n. 1763; Id., 10 luglio 2017, n. 3377; Id., 11 giugno 2018, n. 3600). Tutte le decisioni citate dei TT.AA.RR. e del Consiglio di Stato sono reperibili sul sito della Giustizia Amministrativa www.giustizia-amministrativa.it nella sezione "Decisioni e pareri".

[11] Il comma 683 dell'unico art. 1 della legge di bilancio 30 dicembre 2018, n. 145, prevede: «*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 straordinari, le concessioni di cui al comma 682, vigenti alla data di entrata in vigore del d.-l. 30 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 d.p.r. 15 febbraio 1952 n. 328, o il rinnovo è avvenuto nel rispetto dell'articolo 02 del d.-l. 5 ottobre 1993 n. 400, convertito, con modificazioni, dalla l. 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*».

[12] Convertito con modificazioni dalla legge 17 luglio 2020, n. 77.

ISSN 2036-7821

giustiziali) delle precedenti proroghe – all'art. 182, comma 2, non solo ha confermato l'estensione di durata già disposta[13], ma ha inibito alle Amministrazioni concedenti ogni attività nei confronti degli attuali concessionari per la rimozione di opere non amovibili, nonché di avviare nuove procedure ad evidenza pubblica[14].

Alla luce di ciò, la Commissione europea ha ritenuto incompatibile una siffatta "proroga automatica" con l'art. 49 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea[15] e soprattutto con quanto stabilito dall'art. 12 della direttiva 2006/123/[16] nonché, sul piano giustiziale, con quanto statuito dalla Corte di giustizia nelle sentenze precedentemente emarginate.

A detta della Commissione, il quadro giuridico venutosi a delineare nuoce gravemente la certezza del diritto in danno degli operatori economici italiani, ivi inclusi gli attuali concessionari, dal momento che le concessioni prorogate restano impugnabili ed annullabili.

In definitiva, secondo i Commissari, l'affidamento di siffatte concessioni richiede una procedura di selezione aperta, pubblica e basata su criteri non discriminatori, trasparenti e oggettivi, in modo che chiunque sia messo in grado di competere per l'accesso a tali risorse limitate, promuovendo innovazione e concorrenza leale, evitando la creazione di monopoli e rendite di posizione.

Le ragioni della Commissione sono state di recente ribadite anche in sede di parlamentare, essendo stata la questione oggetto di interrogazione cui il Commissario europeo per il mercato interno e i servizi, nel ribadire le violazioni dell'Italia alle statuizioni della Corte di Lussemburgo ed al diritto europeo, ha evidenziato come le attuali norme nazionali "compromettono la certezza del diritto per i servizi turistici balneari e scoraggiano gli investimenti, la modernizzazione e la concorrenza in un settore fondamentale per l'economia italiana già colpito dalla pandemia di coronavirus, causando al contempo una perdita di reddito potenzialmente significativa per le autorità italiane"[17].

---

[13] Questa volta la proroga è stata più facilmente giustificata dall'emergenza epidemiologica da Covid-19 e dalla «*esigenza di assicurare la certezza dei rapporti giuridici e la parità di trattamento tra gli operatori*».

[14] Il quadro è completato dall'art. 100 del decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104 (conv. in legge 13 ottobre 2020, n. 126) che ha esteso il regime di proroga alle concessioni lacuali e fluviali e per la realizzazione di strutture di diporto (comma 1) e rideterminato le modalità di calcolo del canone concessorio annuo, finanche prevedendo la possibilità di rateizzare gli importi non corrisposti con sospensione dei procedimenti giudiziari od amministrativi di decadenza dalla concessione per morosità (comma 10).

[15] Ai sensi del quale «*le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro*».

[16] Che dispone: «*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*».

[17] Cfr. la risposta della Commissione europea del 4 febbraio 2021 all'interrogazione parlamentare a risposta scritta P-006688/2020, consultabile sul sito del Parlamento europeo.

ISSN 2036-7821

Ad oggi, elasso il termine assegnato, la lettera della Commissione resta inevasa.
Tanto espone l'Italia alla concreta possibilità di essere prossimamente deferita alla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 158 TFUE, con dirette conseguenze sul piano economico.
Alcune brevi riflessioni di diritto comparato[18] permettono di comprendere la singolarità del quadro normativo italiano rispetto ad altri Stati membri costieri.
La Spagna ha dato corso alla direttiva sui servizi modificando, in senso pro-concorrenziale e di tutela dell'ambiente, la risalente *ley de Costas* del 1988[19] e stabilendo un regime di proroga "straordinaria e selettiva" delle concessioni in essere: in particolare, nell'ordinamento spagnolo, l'estensione delle concessioni è soggetta ad un rapporto preliminare che indichi gli effetti dell'occupazione sull'ambiente ed espliciti le condizioni per garantire la protezione del demanio pubblico marittimo e terrestre: ciò che la nuova legge spagnola vuole garantire è la certezza dei rapporti nella gestione delle coste, in particolare tutelando i diritti dei proprietari di abitazioni e suoli non aventi impatto negativo sull'ambiente costiero, attraverso l'innovativa determinazione del concetto di "*dominio público marítimo-terrestre*"[20] e la contestuale ridefinizione delle regole di demarcazione e concessione.
Con la nuova legge la Spagna ha elevato a settantacinque anni il termine massimo di durata delle concessioni, oltre alla previsione della loro trasmissibilità *mortis causa* (con obbligo per gli eredi di comunicare la loro volontà di succedere entro quattro anni) ed *inter vivos* (subordinata alla preventiva autorizzazione dell'amministrazione): deve chiarirsi, però che in Spagna le "concessioni" si riferiscono a quei beni immobili sorti in zone riacquisite al demanio marittimo[21], mentre le attività turistico-ricreative insistenti sulle spiagge (che sono ritenute "libere"), con l'utilizzo di infrastrutture mobili, sono soggette ad autorizzazione di durata massima di quattro anni.
Tanto rende evidentemente compatibile la legge spagnola con le regole europee.

---

[18] Per un maggiore approfondimento comparato possono richiamarsi gli scritti di C. BENETAZZO, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, cit., e di G.C. FERONI, *La gestione del demanio costiero. Un'analisi comparata in Europa*, in *Federalismi.it*, 4, 2020.

[19] Con *ley* n. 2 del 29 maggio 2013 *de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988*.

[20] Difatti la nuova legge spagnola stabilisce che nella fissazione del limite interno della zona marittimo-terrestre, vale a dire il luogo in cui siano giunte le onde delle maggiori tempeste conosciute, si tengano presenti criteri tecnici da stabilire in via regolamentare; sono inoltre esclusi dal demanio pubblico i terreni inondati artificialmente (salvo quelli che già erano demaniali prima dell'inondazione), a meno che non siano navigabili. Sulla disciplina del demanio marittimo spagnolo cfr. J.L. MEILAN GIL, *Régimen jurìdico del dominio pùblico marìtimo-terrestre en la Ley de Costas*, in *Jornadas sobre la Ley de Costas*, Bilbao, 1990, M. ZAMBUNINO PULITO, *Manual de derecho administrativo marìtimo*, Cadiz, 2008.

[21] La proroga, dunque, si atteggia piuttosto come forma di indennizzo per la sottrazione immobiliare che i privati hanno subito ed ha quindi la finalità di garantire la certezza del diritto, a fronte dell'incertezza che ha sempre regnato nel governo urbanistico delle coste spagnole.

ISSN 2036-7821

Anche l'ordinamento francese – da sempre assunto a modello – è caratterizzato da una durata breve dei titoli concessori e ribadisce (all'art. L2124-4 del *Code général de la propriété des personnes publiques*[22]) che l'accesso alle spiagge ed il loro utilizzo devono essere liberi e gratuiti, con la conseguenza che le concessioni devono preservare la libera circolazione ed uso del litorale.
In proposito, è significativo che il rinnovo delle concessioni in Francia è subordinato allo svolgimento di un'*enquête publique* condotta dal Prefetto cui spetta informare la collettività ed i comuni interessati titolari di un diritto di prelazione rispetto ai privati: se il diritto di prelazione non è fatto valere, l'attribuzione della concessione è subordinata ad una procedura comparativa[23].
La durata della concessione in Francia non può eccedere i dodici anni e la sub-concessione non può avere durata maggiore di quella principale: trattasi di un periodo relativamente breve rispetto alla media europea, di conseguenza pienamente compatibile con l'ordinamento comunitario[24].
Del tutto peculiare è invece la disciplina dell'ordinamento croato dove la concessione[25] – che ha natura espressamente commerciale e può includere anche la costruzione di edifici[26] – non può avere durata superiore a vent'anni: una proroga, in Croazia, è ammessa – su approvazione del Governo nazionale – solo se giustificata da nuovi investimenti o cause di forza maggiore.
Altro interessante aspetto del modello croato è la distinzione tra concessione volta allo sfruttamento economico del demanio marittimo – da rilasciarsi all'esito di procedura ad evidenza pubblica – e concessione per uso speciale non soggetta all'obbligo di gara perché avente ad oggetto attività di natura sociale, culturale o sportiva da rendere nei confronti della collettività. L'assenza di rilevanza economica per tale ultimo tipo di concessioni ne giustifica la compatibilità con il diritto europeo che impone l'esperimento di una procedura ad evidenza pubblica.
Non mancano poi modelli non dissimili da quello italiano.

[22] Adottato con *Ordonnance* n. 460 del 21 aprile 2006, che ha abrogato il vecchio *Code du domaine de l'Etat*. Sul tema cfr. C. MAUGUÉ, *La réaffirmation du caractère exceptionnel de l'occupation privative des plages*, in *Act. jur. droit adm.*, 27, 2006, pag. 1496 ss.; J. MORAND-DEVILLER, *Les concessions de plages naturelles*, *ibidem*, 6, 2002, pag. 481 ss.

[23] Ai sensi della *loi* n. 93-112 del 1993 (c.d. *Loi Sapin*).

[24] Per una comparazione tra l'ordinamento italiano e quello francese cfr. E.A. IMPARATO, *La tutela della costa. Ordinamenti giuridici in Italia e Francia*, Napoli, 2006.

[25] Disciplinata dal *Maritime Domain and Seaport Act* del 2002.

[26] La legge croata prevede che le costruzioni realizzate dal concessionario debbano essere rimosse alla scadenza del rapporto concessorio, se non permanenti e se è ragionevolmente possibile rimuoverle senza infliggere danni al demanio marittimo: in assenza di tali condizioni, le opere sono acquisite al demanio su cui insistono.

ISSN 2036-7821

In Portogallo – dove il demanio marittimo è ricondotto nel più ampio *domìnio pùblico hìdrico*[27] – si riscontra ad esempio un'ampia discrezionalità in capo alle amministrazioni aggiudicatrici in relazione alla durata della concessione dal momento che, pur essendo ribaditi i principi della concorsualità e dell'evidenza pubblica, è previsto che la durata dell'autorizzazione venga fissata caso per caso tenendo conto degli investimenti e della loro valenza ambientale ed economica.
Addirittura, è previsto nell'ordinamento lusitano che, laddove il titolare dimostri l'impossibilità di recuperare il valore degli investimenti sostenuti, può chiedere all'autorità concedente una proroga fino ad un massimo di settantacinque anni od in alternativa il rimborso delle spese addizionali.
Insomma, nel sistema portoghese è previsto un vero e proprio "diritto di insistenza" dal momento che il concessionario uscente, entro un anno dalla scadenza del titolo, può manifestare la propria volontà di proseguire nel rapporto, venendo così preferito rispetto agli altri concorrenti: trattasi di norma che suscita non pochi dubbi circa la compatibilità con i principi europei, non essendo dissimile da quella italiana abrogata a seguito della prima procedura di infrazione e che, come tale, rende il paese iberico il primo candidato alla messa in mora da parte della Commissione.

3. Le più recenti acquisizioni giurisprudenziali nel sempre più confuso quadro ordinamentale. Brevi citazioni di diritto regionale.
Alla luce del sopra rassegnato quadro normativo, si è andato rafforzando l'orientamento giurisprudenziale per cui grava sulle Amministrazioni concedenti l'obbligo di attivare procedure ad evidenza pubblica, atteso che – come autorevolmente osservato – la mancanza di competizione introduce una barriera all'ingresso al mercato, lesiva dei principi di parità di trattamento, non discriminazione, concorrenza e libertà di stabilimento[28].
Sul punto, l'orientamento delle magistrature di ogni ordine e grado è pressoché univoco.
Di recente, il Consiglio di Stato ha ribadito che il mancato ricorso a procedure di selezione aperta, pubblica e trasparente determina un ostacolo all'ingresso di nuovi operatori economici nel mercato di riferimento: «*la spiaggia*» – si è detto – «*è un bene pubblico demaniale e perciò inalienabile e impossibilitato a formare oggetto di diritti a favore di terzi, sicché proprio la limitatezza nel numero e nell'estensione, oltre che la natura prettamente economica della gestione (fonte di indiscussi guadagni), giustifica il ricorso a procedure comparative per l'assegnazione*»[29].

[27] La disciplina in Portogallo è dettata dalla *Lei da Água* n. 58 del 2005 che individua diversi livelli di competenza, con preminenza riconosciuta all'*Instituto da Água*, ente nazionale che funge da garante delle politiche idriche.
[28] In tali sensi si era già da tempo espressa Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2013, n. 5.
[29] Cons. Stato, Sez. IV, 16 febbraio 2021, n. 1416.

ISSN 2036-7821

Sul medesimo crinale si pongono sempre più di frequente le decisioni del Giudice Amministrativo di prime cure tese in larga parte a dichiarare la legittimità di provvedimenti limitativi nel tempo della durata delle concessioni (più raramente l'illegittimità dei provvedimenti di proroga[30]).
Si è poi statuita la legittimità di quei provvedimenti concessori che ne stabiliscono un'efficacia temporale limitata nel tempo (così non applicando la proroga ultradecennale), rilevando come detta limitazione non può ritenersi in contrasto con l'art. 1, comma 682, della legge n. 145/2018, essendo quest'ultima di per sé in contrasto col diritto europeo[31].
Allo stesso tempo sono stati ritenuti legittimi provvedimenti di diniego della proroga[32].
Tali assunti sono stati ancora più di recente ribaditi da Palazzo Spada[33].
Inoltre, non può tacersi la non trascurabile "discesa in campo" in sede giustiziale e stragiudiziale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato[34].

---

[30] Secondo T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 14 gennaio 2021, n. 82, è illegittimo il provvedimento con cui viene disposta la proroga di una concessione demaniale marittima per contrasto della legge (in questo caso legge della Regione Siciliana n. 15/2005) con la normativa europea, nonché in quel caso, con le norme del Codice della navigazione.

[31] Cfr. T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 29 gennaio 2021, n. 265. Sul medesimo crinale, T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 3 febbraio 2021, n. 40, ha statuito: «*se il giudice nazionale accerta che le concessioni oggetto di proroga automatica* ex lege *hanno a oggetto una risorsa naturale "scarsa" e che vi è un interesse transfrontaliero verso di esse, allora si deve concludere per il contrasto della disciplina che prevede tale proroga senza procedura selettiva con le succitate disposizioni e principi eurounitari; ne deriva che l'operatività delle proroghe disposte dal legislatore nazionale deve essere disapplicata in ossequio alla pronuncia della Corte di Giustizia del 2016, con conseguente illegittimità degli atti di proroga delle concessioni demaniali in assenza di gara*».

[32] Secondo T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 15 gennaio 2021, n. 616, è legittimo un provvedimento di diniego dell'istanza di proroga ventennale di una concessione demaniale marittima, non solo perché contrastante con quanto disposto dall'art. 12 della Direttiva servizi, ma anche perché confliggente con quanto disposto nel Lazio, rispettivamente dall'art. 53-*bis*, comma 3, della legge regionale n. 17 del 6 agosto 2007 – ai sensi del quale «*i comuni sono tenuti ad attivare procedure di evidenza pubblica ai fini del rilascio di nuove concessioni, nonché nei casi di affidamento ad altri soggetti delle attività oggetto di concessione*» – e dall'art. 47 della medesima legge (come modificato dalla l.r. n. 8/2018) ai sensi del quale «*la durata delle concessioni demaniali marittime per finalità turistiche e ricreative è stabilita in conformità alla normativa statale vigente in materia*».

[33] In sede di ottemperanza, Cons. Stato, Sez. VI, 9 marzo 2021, n. 2002, richiamando altri precedenti del Collegio giudicante, ha statuito che «*l'ente competente al rilascio della concessione demaniale marittima ad uso turistico ricreativo, in ragione della normativa disciplinante il settore, non può procedere in via diretta al rilascio stesso ma solo all'esito di una selezione tra gli aspiranti concessionari se non previa selezione*»

[34] Sulle funzioni dell'Autorità, per tutti cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006. Osserva l'A.: «Le ragioni costituzionali dell'antitrust risiedono nella necessità di evitare le distorsioni monopolistiche e di garantire tendenzialmente la correttezza dell'attività economica, senza abusi di posizioni dominanti, senza accaparramenti ingiustificati, al fine pur sempre di realizzare una utilità sociale intesa (anche, ma non solamente) come punto di confluenza tra produttori e consumatori. La sua funzione, quindi, si esaurisce esclusivamente sul piano economico e non coinvolge, se non indirettamente, la solidarietà e i diritti inviolabili dell'uomo. La libertà economica e la concorrenza, anche sul piano strettamente economico, sono non un fine ma un mezzo, una regola, per realizzare l'utilità sociale, l'effettiva partecipazione di tutti all'organizzazione economica e sociale del Paese e il pieno sviluppo della persona (artt. 3, comma 2, e 41, comma 2, cost.)».

ISSN 2036-7821

In virtù dei poteri che le sono accordati dalla propria legge istitutiva[35], infatti, l'Autorità c.d. Antitrust ha dapprima diffidato gli enti territoriali a non prorogare le concessioni nonché, da ultimo, ha inviato una segnalazione[36] alle Camere ed al Governo ove evidenzia come «la contigua giurisprudenza, europea e nazionale, in materie di concessioni demaniali marittime ha costantemente ribadito la necessità di assegnare le concessioni all'esito di selezioni trasparenti e non discriminatorie e per una durata limitata e proporzionata agli investimenti» al contempo invitando il Legislatore a ponderare gli effetti di «chiusura del mercato» che la proroga ha generato[37].

Sempre in virtù dei poteri che le sono attribuiti[38], l'AGCM[39] è successivamente insorta in sede giustiziale avverso provvedimenti ritenuti distorsivi della concorrenza: in uno dei primi ricorsi decisi, l'Autorità, stimolata dalla segnalazione di un privato cittadino, ha ottenuto l'annullamento di una determina dirigenziale che disponeva la proroga di tutte le concessioni demaniali in essere sul territorio comunale fino al 2033[40].

---

[35] Ci si riferisce ai «poteri conoscitivi e consultivi» dell'Autorità disciplinati dal Titolo III della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

[36] Ai sensi dell'art. 21 della legge istitutiva, l'Autorità può segnalare al Governo e al Parlamento «*situazioni distorsive derivanti da provvedimenti legislativi*».

[37] La lettera (n. AS1721), pubblicata sul bollettino dell'Autorità, è consultabile sul sito www.agcm.it.

[38] Ai sensi dell'art. 21-*bis* della legge n. 287/1990, l'AGCM «*se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato*» può emettere un parere motivato cui, in mancanza di conformazione da parte dell'Amministrazione, può seguire un ricorso giurisdizionale nei successivi trenta giorni.

[39] Prima della proposizione dei ricorsi giurisdizionali, diversi Comuni italiani sono stati destinatari di diffide da parte dell'Autorità che, nell'esercizio dei suoi poteri di *advocacy*, ha segnalato la necessità di affidare le concessioni mediante procedure selettive e competitive: secondo l'Autorità «la concessione di proroghe in favore dei precedenti concessionari, infatti, rinvia ulteriormente il confronto competitivo per il mercato, così impedendo di cogliere i benefici che deriverebbero dalla periodica concorrenza per l'affidamento attraverso procedure ad evidenza pubblica. Quindi, eventuali proroghe degli affidamenti non dovrebbero comunque eccedere le reali esigenze delle amministrazioni, per consentire quanto prima l'allocazione efficiente delle risorse pubbliche mediante procedure competitive. Né una proroga di siffatta durata può essere considerata in alcun modo necessaria e proporzionata alle specifiche esigenze che l'amministrazione eventualmente rinviene nell'attuale situazione di emergenza sanitaria» (cfr. parere AGCM AS1714 del 9 dicembre 2020, e gli ulteriori pareri ivi richiamati, sempre in www.agcm.it).

[40] T.A.R. Toscana, Sez. II, 8 marzo 2021, n. 363, su ricorso proposto dall'AGCM, ha statuito: «*L'amministrazione che intenda procedere a una nuova concessione del bene demaniale marittimo con finalità turistico-ricreativa, 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., è tenuta 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 economico. 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 da parte 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, come già stabilito dal Consiglio di Stato, sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874, con riferimento, sia alle proroghe disposte dall'art. 1, comma 18, d.l. n. 194/2009 e dall'art. 34-*duodecies*, d.l. 179/2012, e, a decorrere dal 1° gennaio 2013,*

ISSN 2036-7821

Per completezza, vanno anche segnalate alcune pronunce (seppur del tutto isolate) che hanno dichiarato l'illegittimità di provvedimenti di diniego della proroga[41].
Non si è invece dubitato che sulle istanze di proroga sussista un obbligo di provvedere[42].
Ugualmente contraria all'applicazione della proroga si è mostrato il Giudice penale.
La Cassazione penale ha infatti avuto modo di osservare come una stabilizzazione degli effetti della proroga si pone in aperto contrasto con i principi proconcorrenziali europei, finanche riconoscendo il reato di abusiva occupazione di spazio demaniale (previsto dagli artt. 54 e 1161 del Codice della navigazione) e sollecitando la disapplicazione della normativa contrastante[43].
In breve, secondo la Corte «*ai fini della integrazione della fattispecie di occupazione del demanio marittimo, sono soggette a disapplicazione le disposizioni normative che prevedono proroghe automatiche di concessioni demaniali marittime, in quanto violano l'art. 117, primo comma, Cost., per contrasto con i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario in tema di diritto di stabilimento e di tutela della concorrenza*»[44].
Sul medesimo crinale si è posto anche il Giudice delle Leggi che ha avuto modo a più riprese[45] di dichiarare l'illegittimità costituzionale di normative regionali che

---

dall'art. 1, comma 547, l. 24 dicembre 2012, n. 228, sia alla proroga legislativa automatica delle concessioni demaniali in essere fino al 2033, disposta dall'articolo unico, comma 683, l. 30 dicembre 2018, n. 145».

[41] Ci si riferisce ad alcune isolate decisioni promananti dal medesimo Collegio giudicante, nello specifico T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 27 novembre 2020, n. 1321 – per cui è nullo un provvedimento di annullamento della proroga precedentemente disposta che abbia come unico motivo la violazione del diritto europeo – e Id.., 15 gennaio 2021, n. 72, secondo cui la legge n. 45/2018 «*rappresenta l'unica normativa che possa applicarsi nella specie, attesa la prevalenza della legge nazionale sulla direttiva Bolkestein, che non è* self-executing *e, pertanto, non è suscettibile di diretta ed immediata applicazione per difetto dei presupposti, necessitando di apposita normativa nazionale attuativa e di riordino del settore e traducendosi in tal modo la c.d. disapplicazione in evidente mera violazione delle legge (disapplicazione in senso assoluto)*» con conseguente riconoscimento del diritto dell'istante/ricorrente a conseguire la proroga della concessione sino al 2033.

[42] Con due sentenze gemelle, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 23 febbraio 2021, nn. 1217 e 1218, ha statuito – su due ricorsi avverso il silenzio, all'uopo nominando anche un Commissario *ad acta* – che nel provvedere sulle istanze di proroga delle concessioni marittime «*l'Amministrazione dovrà considerare la compatibilità dell'art. 1, comma 682 e comma 683, della Legge Bilancio 2019, 30 dicembre 2018, n. 145 con il diritto dell'Unione Europea, in particolare alla luce dei principi fissati dalla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea 14 luglio 2016, C-458/14*» con la conseguenza che, secondo il Collegio, «*il potere in capo all'Amministrazione non è rigorosamente vincolato, non potendo il Comune limitarsi a "prendere atto" della nuova scadenza legislativa*» e che «*alla luce dei principi fissati dalla Corte di Giustizia nella predetta sentenza, l'Amministrazione dovrà valutare se la concessione in questione presenti un interesse transfrontaliero certo, tenuto conto in particolare della situazione geografica del bene e del valore economico di tale concessione, nel qual caso la proroga automatica è incompatibile col diritto dell'Unione Europea*».

[43] Da ultimo Cass. penale, Sez. III, 21 ottobre 2020, n. 29105, in *De Jure*, ha statuito che va disapplicata una normativa recante una proroga automatica delle concessioni balneari «*in quanto la stessa, stabilizzando gli effetti della proroga automatica delle concessioni demaniali marittime* […] *contrasta con l'art. 12. par. 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del 12 dicembre 2006 (c.d. direttiva Bolkestein) e, comunque, con l'art. 49 TFUE*» (nello stesso senso cfr. Ead., 6 marzo 2019, n. 25993, Ead., 14 maggio 2018, n. 21281, tutte in *DeJure*).

[44] Cass. penale, Sez. III, 12 luglio 2019, n. 25993, in *De Jure.*

[45] Cfr. Corte costituzionale, 12 maggio 2010, n. 180 (Pres. Amirante, Red. Finocchiaro), in *Riv. giur. edilizia*, 2010, 3, pag. 699 ss. che – nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della l.r. Emilia-Romagna n. 8 del 23

ISSN 2036-7821

disponevano la proroga delle concessioni su domanda dell'interessato: è stata così dichiarata l'illegittimità di una legge regionale[46] che subordinava il rilascio di una nuova concessione al pagamento di un indennizzo in favore del concessionario uscente da parte del nuovo aggiudicatario (cui veniva richiesto di impegnarsi con atto unilaterale d'obbligo a pena di esclusione dalla procedura ed evidenza pubblica)[47].

Da ultimo, poi, la Consulta ha sanzionato una legge regionale[48] che, nelle more dell'approvazione di piani urbanistici comunali per le spiagge, consentiva il rilascio od il rinnovo di «*concessioni demaniali pluriennali di natura stagionale*», espressione quest'ultima che avrebbe consentito finanche concessioni di durata del tutto indeterminata: secondo la Corte tale ipotesi finisce per essere inevitabilmente sottratta alle procedure ad evidenza pubblica e consente *de facto* la mera prosecuzione dei rapporti concessori in essere con una proroga sostanzialmente automatica[49].

Insomma, anche la sregolata e distorsiva attività legislativa e provvedimentale delle Regioni contribuisce a rendere il quadro ordinamentale ancora più incerto.

L'Assemblea regionale siciliana, ad esempio, ha adottato una legge (la n. 24 del 14 dicembre 2019) con cui ha recepito (laddove ce ne fosse bisogno) la proroga disposta dal Legislatore nazionale, all'uopo anche disciplinando le modalità di rilascio delle proroghe.

---

luglio 2008 – ha evidenziato come l'automatismo della proroga determina una disparità di trattamento tra gli operatori economici, dal momento che coloro che prima non gestivano il demanio sono impossibilitati dal prendere il posto del vecchio concessionario, se non nel caso in cui questo non chieda la proroga o la chieda senza un valido programma di investimenti; Ead., 11 gennaio 2017, n. 40 (Pres. Grossi, Red. Zanon), in *Giur. cost.*, 2017, 1, pag. 358 ss. che – dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comm8, seconda parte e comma 9, della l.r. Puglia n. 17 del 10 aprile 2015 – ha evidenziato come il mancato ricorso a procedure aperte e trasparenti determina un ostacolo all'imgresso nel mercato di nuovi operatori economici, invadendo la competenza statale in materia di tutela della concorrenza; sulla base dei medesimi principi cfr. Ead., 16 gennaio 2019, n. 1 (Pres. Lattanzi, Red. Morelli), in *Giur. cost.*, 2019, 1, pag. 1 ss. che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, commi 1, 2, 3, e dell'art. 4, comma 1, della l.r. Liguria n. 26 del 10 novembre 2017.

[46] Ci si riferisce a quanto disposto dall'art. 54, commi 2, 3, 4, 5 della "singolare" legge regionale del Veneto 4 novembre 2002, n. 33 (Testo unico delle leggi regionali in materia di turismo).

[47] Cfr. Corte costituzionale, 23 ottobre 2020, n. 222 (Pres. Morelli, Est. Barbera), in *Federalismi.it*, che ha ribadito che nella competenza esclusiva statale in materia di concorrenza «*le pur concorrenti competenze regionali trovano un limite insuperabile*», ed evidenziato che «*l'enunciata finalità di tutelare l'affidamento e la certezza del diritto degli operatori locali non vale ad escludere il* vulnus *arrecato dalla disposizione in esame alla competenza esclusiva dello Stato, in materia di tutela della concorrenza, poiché spetta unicamente allo Stato di 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*».

[48] Art. 1 della legge regionale Calabria 25 novembre 2019, n. 46.

[49] Corte costituzionale, 29 gennaio 2021, n. 10 (Pres. Red. Coraggio), in *www.cortecostituzionale.it*, ha statuito: «*La previsione della possibile durata pluriennale delle concessioni comporta la possibilità del rilascio (o del rinnovo) di tali concessioni per periodi del tutto indeterminati in favore di un unico titolare, che risulterebbe così ingiustificatamente privilegiato rispetto a ogni altro possibile interessato in violazione – anche in questo caso – dei principi di tutela della concorrenza*».

ISSN 2036-7821

Altre Amministrazioni regionali sono invece ricorse a strumenti di "diritto morbido": *inter alia*, la Regione Basilicata, con delibera di Giunta regionale[50] ha stabilito che "*l'asseveramento dell'estensione della durata delle concessioni potrà essere formalizzato con l'adozione di un provvedimento di natura ricognitiva/dichiarativa mediante acquisizione/accertamento/espletamento*" delle formalità indicate; la Regione Campania, invece si è limitata all'adozione di una mera circolare[51] indirizzata ai Comuni con cui afferma che la proroga «*deve*» essere applicata a tutte le concessioni vigenti alla data del 1° gennaio 2019; la Regione Abruzzo ha inteso invece affidarsi ad una determina dirigenziale[52] con cui ha fornito "*indicazione operativa*" per l'attuazione della proroga disposta a livello nazionale all'uopo anche predisponendo "*una traccia del provvedimento di asseveramento dell'allungamento della concessione*"; anche la Sardegna, a seguito di una delibera giuntale di indirizzo, ha adottato una determinazione dirigenziale che conferma la proroga, anche in questo caso predisponendo apposita modulistica da utilizzare per i relativi procedimenti ricognitivi[53].

Del tutto peculiare è invece la situazione registratasi in Liguria, ove si intrecciano profili di opportunità politica e giustiziali: "pesa", infatti, una nota[54] del Procuratore della Repubblica di Genova, indirizzata agli uffici del Comune capoluogo, della Città metropolitana e della Regione, ove i magistrati liguri, nel chiedere di conoscere quali procedure l'Amministrazione intenda adottare, richiamano la «giurisprudenza ormai univoca» per cui, secondo la Procura, può ormai considerarsi diffusa «l'effettiva conoscenza dell'obbligo a carico dei Comuni gestori in merito alla necessità di disapplicare la normativa nazionale in contrasto con la sovra ordinata normativa europea».

Ne è derivato nella regione costiera un quadro confuso e timoroso: alcuni Comuni hanno dapprima disposto la proroga, salvo poi revocare i provvedimenti pochi giorni dopo[55], mentre il locale Tribunale Amministrativo ha preferito abbinare al merito le istanze cautelari sui ricorsi dei concessionari avverso i dinieghi di proroga, fissando le relative udienze alla fine dell'anno in corso.

Altre Regioni hanno preferite invece non atti ed attivarsi per una soluzione nazionale: in tal senso, il Consiglio regionale del Lazio ha di recente approvato una mozione a larga maggioranza che impegna la Giunta ad attivarsi presso la Conferenza Stato-Regioni e nelle altre sedi istituzionali perché il Governo emani uno o più atti per l'applicazione uniforme della proroga.

---

[50] N. 155 del 25 febbraio 2019.

[51] Prot. n. 237558 dell'11 aprile 2019.

[52] N. DPH002/004 del 22 gennaio 2019.

[53] N. 3114 del 29 ottobre 2020.

[54] Del 2 marzo 2020, consultabile in www.mondobalneare.com.

[55] Caso curioso è quello del Comune di Rapallo che con Delibera di Giunta n. 282 del 31 dicembre 2020 ha revocato la precedente Delibera (n. 259 del 17 dicembre 2020) con cui aveva disposto la proroga sino al 2033 delle concessioni demaniali marittime, salvo disporre una inusuale "proroga tecnica" sino al prossimo anno.

ISSN 2036-7821

E proprio la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome ha chiesto al Governo, con un apposito ordine del giorno[56], l'adozione di uno o più atti che chiariscano la piena vigenza del regime di proroga e la portata applicativa della disciplina delle concessioni demaniali.

4. Il controverso destino dei provvedimenti adottati in violazione delle norme europee

Il delineato quadro ordinamentale rende sempre più attuale la problematica della patologia di quegli atti adottati in applicazione di norme di rango primario disapplicabili che, in materia di concessioni demaniali marittime, non mancano.

Su tale tema si impongono pertanto alcune brevi riflessioni a carattere dottrinale.

È ormai acquisito che la disapplicazione (*recte* la non applicazione) di siffatte norme "anticomunitarie" costituisce per il Giudice un potere-dovere operante anche d'ufficio[57] per assicurare la piena applicazione delle norme europee, che si pongono in una posizione di rango superiore rispetto a quelle di singoli Stati membri.

Ne consegue che da una pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia scaturisce l'obbligo per il giudice nazionale di conformarsi, con l'effetto, in caso contrario, di esporre lo Stato di cui quel magistrato è organo ad una procedura di infrazione[58].

Tanto sta avvenendo in materia di concessioni, come emerge dal copioso *case-law* sopra citato.

D'altronde, è ormai principio consolidato quello per cui la disapplicazione della norma nazionale confliggente con il diritto europeo – specie se accertato dalla Corte di giustizia – costituisce un obbligo per lo Stato membro in tutte le sue articolazioni e quindi anche per i suoi funzionari, qualora chiamati ad applicare una norma contrastante[59].

Dunque, al dirigente (o al funzionario apicale comunque denominato) si impone l'obbligo di non applicare una norma nazionale (o regionale), salvo la possibilità di trarre dall'ordinamento europeo una norma con efficacia diretta idonea a disciplinare la fattispecie concreta[60].

Il destino patologico di tali provvedimenti è controverso in dottrina e in giurisprudenza.

In sede giustiziale, è ormai invalsa la tesi per cui il provvedimento amministrativo adottato in applicazione di una norma contrastante con il diritto dell'Unione sia da considerare annullabile per violazione di legge piuttosto che nullo per difetto assoluto di attribuzione di potere in capo all'Amministrazione: conseguenza di tale

[56] Ordine del giorno in materia di concessioni demaniali del 23 marzo 2020, consultabile sul sito della Conferenza.

[57] Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2018, n. 1219.

[58] Così Cons. Stato, Sez. VI, 3 maggio 2019, n. 2890.

[59] Cfr. Corte Giustizia UE, 22 giugno 1989, C-103/88, *ead.*, 24 maggio 2012, C-97/11.

[60] Così Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2018, n. 1342, secondo cui è errato «*limitare alla sola autorità giudiziaria il potere di disapplicazione di norme interne in contrasto con il diritto euro-unitario*».

ISSN 2036-7821

orientamento è che la violazione del diritto europeo comporta l'onere di impugnare il provvedimento ritenuto contrastante entro il termine decadenziale di sessanta giorni, pena l'inoppugnabilità[61] degli stessi ed il consolidamento dei relativi effetti.
La tesi dell'annullabilità, come spiegata invece dalla dottrina, muove da una concezione separata dell'ordinamento europeo e quello nazionale, con la conseguenza che, concependo la norma europea come integrativa dell'ordinamento italiano, il regime del provvedimento amministrativo non cambia a seconda che il parametro normativo sia di fonte nazionale od europea, così configurandosi una violazione di legge, come tale comportante l'annullabilità[62].
Altri hanno ravvisato una ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo emanato in applicazione di norma interna contraria al diritto europeo[63].
In mezzo tra le due tesi vi è chi, pur ritenendo in via generale i provvedimenti annullabili, ha configurato la nullità «*nella sola ipotesi in cui il provvedimento amministrativo sia stato adottato sulla base di una norma interna (attributiva del potere nel cui esercizio è stato adottato l'atto) incompatibile (e, quindi, disapplicabile) con il diritto comunitario*»[64].

---

[61] Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874.

[62] A sostegno di tale tesi militano anche i principi europei (art. 263 TFUE) che stabiliscono un regime di annullabilità per gli atti emananti dagli organi dell'Unione europea in contrasto con le norme dei Trattati. In dottrina, a sostegno della tesi dell'annullabilità, si sono espressi G. GRECO, *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi*, in M.P. CHITI, G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte generale, Milano, 1997; ID., *Diritto europeo e diritto amministrativo nazionale*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Milano, 2004; ID., *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, pag. 505 ss.; ID., *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2017; E. FERRARI, *Cittadinanza italiana e cittadinanza europea tra disapplicazione e cause di invalidità e non applicazione del principio di specialità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, pag. 1075 ss.; M. CAFAGNO, *L'invalidità degli atti amministrativi emessi in forza di legge contraria a direttiva CEE immediatamente applicabile*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, pag. 550 ss.

[63] Secondo Cons. Stato, Sez. IV, 30 marzo 2005, n. 579, «*l'esistenza della norma costituisce il presupposto necessario ed ineliminabile dell'atto amministrativo che pretende di farne applicazione* [...] *se la norma che l'Amministrazione pretende di applicare non esiste o per qualunque motivo non produce effetti all'interno dell'ordinamento nel quale è destinata ad operare la pronuncia giurisdizionale, il giudice non può che accertare l'inesistenza del necessario parametro per la valutazione della legalità dell'azione amministrativa e, siccome non esiste attività amministrativa* legibus soluta, *egli non può dare atto che della radicale nullità dell'atto medesimo*». Un'isolata e risalente decisione (T.A.R. Piemonte, Sez. II, 8 febbraio 1989, n. 34) ha addirittura ritenuto inesistente un provvedimento adottato sulla base di una norma nazionale in contrasto col diritto europeo (la sentenza è annotata da L. TORCHIA, *Il giudice disapplica e il legislatore reitera: variazioni in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Foro it.*, 1990, pag. 203 ss.).

[64] Così Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35. Di tale tesi "mediana" parla B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in A. SANDULLI (a cura di), *Diritto amministrativo applicato*, Milano, 2005. Si segnalano le condivisibili conclusioni – a favore della tesi della nullità – di F. ARMENANTE, *La non disciplina delle concessioni demaniali*, cit., pag. 287 ss.: «La soluzione, preferibilmente, dovrebbe essere diversa. Occorrerebbe distinguere tra l'ipotesi in cui il contrasto con l'ordinamento comunitario risulti conclamato ed accertato (seppur riferito a fattispecie similari o a normative sopravvenute, come sopra già rappresentato) e quella per la quale manchi uno scrutinio in tal senso. Solo in quest'ultimo caso potrebbe ritenersi necessario un rimedio impugna- torio, mentre nella prima ipotesi la sanzione di nullità (che gode di un arco temporale di impugnazione più ampio e della rilevabilità di ufficio sembra più pertinente. Anche perché, laddove si è accertata la non compatibilità della norma interna con il diritto eurounitario (con disapplicazione della stessa) mancherebbe il presupposto legittimante

ISSN 2036-7821

A medesime conclusioni in ordine alla disapplicazione può pervenirsi anche in relazione a provvedimenti di indirizzo o a carattere regolamentare in contrasto con il diritto europeo: si pensi alla vasta gamma di delibere giuntali, circolari, determine *et similia* sopra citate che, ugualmente facendo applicazione di una normativa nazionale anticomunitaria, vanno disapplicate[65].

5. La necessaria ricerca di un equilibrio tra disegni di legge dimenticati e prospettive di riforma. La possibilità transitoria della "rinegoziazione".

Il quadro ordinamentale – si è visto – è quanto mai confuso.

La soluzione d'uscita è ben più semplice di quanto possa pensarsi: non è più rinviabile una riforma statale organica del settore delle concessioni demaniali, rispettosa del diritto europeo e contemperante le esigenze di tutela della concorrenza con quelle di ripartenza del settore economico.

Se ne proveranno a tracciare le linee di indirizzo.

Non si dubita, in primo luogo, che debba essere una legge nazionale, trattandosi di materia – la tutela della concorrenza – di competenza esclusiva statale ai sensi dell'art. 117 della Costituzione, come costantemente ribadito dalla Consulta[66].

Non possono più essere tollerate, infatti, anche se meramente recepenti leggi statali, norme regionali incidenti sul funzionamento del mercato delle concessioni: invero, l'attività legislativa delle Regioni dovrebbe limitarsi agli ambiti di stretta competenza concorrente (art. 117, secondo comma, Cost.) che, in *subiecta materia*, possono al

---

l'adozione dell'atto e l'esercizio della funzione amministrativa, con una assoluta carenza di potere (da cui consegue la massima sanzione dell'atto). Non può equipararsi tale fattispecie a quella per la quale l'atto amministrativo si presenti *contra legem*, quindi annullabile, perché, in ragione dell'accertata incompatibilità e della doverosa disapplicazione della norma nazionale, verrebbe a mancare proprio il substrato normativo su cui si basa l'adottanda determinazione. La tesi è in grado anche di contemperare le posizioni dei destinatari e beneficiari del provvedimento rimuovendo. Gli stessi, infatti, in caso di mancato scrutinio dell'antigiuridicità della norma interna (intesa come contrasto alla normativa comunitaria) risulterebbero inconsapevolmente danneggiati da un accertamento postumo dell'inefficacia dell'atto (peraltro in assenza di impugnazione); diversamente, laddove detto contrasto risulti già accertato la loro pretesa di tutela svilisce non potendo non essere consapevoli dell'avvenuto rilascio di un provvedimento viziato *radiciter*».

[65] Ad esempio, in tema di appalti, di "disapplicazione" si è parlato in riferimento a quelle linee guida dell'ANAC evidenziando che, laddove assumono un valore «*sostanzialmente normativo*» come tali «*vanno disapplicate*» (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-*T*, 17 giugno 2019, n. 7836).

[66] Con una recente decisione (11 febbraio 2021, n. 16, Pres. Coraggio, Red. Zanon) la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della legge regionale della Sicilia 19 luglio 2019, n. 13, nella parte in cui (art. 13) ha disposto la proroga per un triennio dei contratti di affidamento del servizio di trasporto pubblico locale. Secondo la Corte una siffatta disposizione «*viola l'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., in quanto non contemplando l'indizione di regolari gare d'appalto per la concessione di servizi di trasporto pubblico locale, si pone in contrasto con la disciplina statale vigente nella materia della "tutela della concorrenza"*» con la conseguenza che «*non è consentito al legislatore regionale stabilire il rinnovo o la proroga automatica alla scadenza di concessioni di servizio di trasporto pubblico, in contrasto con i principi di temporaneità delle concessioni stesse e di apertura del mercato alla concorrenza. Le proroghe dettano infatti vincoli all'entrata e incidono sullo svolgersi della concorrenza nel settore del trasporto pubblico locale, determinando una potenziale disparità di trattamento tra operatori economici. Se disposte dal legislatore regionale, esse invadono perciò la competenza esclusiva del legislatore statale*».

ISSN 2036-7821

massimo interessare il «governo del territorio» da intendersi come stretta competenza nella pianificazione urbanistico-edilizia delle zone costiere.
Tanto chiarito, qualche anno fa già fu approvata da un ramo del Parlamento una legge-delega al Governo[67] per la riforma del settore, anche salutata con favore dalle associazioni di categoria.
Detta proposta, nel rispetto del diritto europeo, prevedeva che l'affidamento delle concessioni marittime avvenisse nel rispetto dei principi di concorrenza, trasparenza e pubblicità; il disegno di legge delegava inoltre il Governo a stabilire «adeguati limiti minimi e massimi» entro il quale le Regioni potessero fissare la durata delle concessioni «in modo da assicurarne un uso rispondente all'interesse pubblico, mentre nulla diceva in ordine a possibili proroghe automatiche.
Ciò nonostante, il Governo ed il Parlamento, anziché proseguire nell'*iter* legislativo (o ripartire dal testo già precedentemente approvato), hanno preferito disporre delle asistematiche ed insostenibili proroghe, delineando un modello assolutamente *sui generis* nel quadro eurounitario, non assimilabile a nessuno degli altri Stati membri.
Ed infatti, agli inizi del presente lavoro si sono analizzati alcuni sistemi giuridici esemplificativi di una maggiore coerenza con le regole europee: si è ad esempio evidenziato come la nuova legge spagnola si presenti pienamente conforme alle regole comunitarie distinguendo le concessioni degli immobili nel demanio marittimo da quelle ad uso turistico-ricreativo soggette ad una limitatissima durata; allo stesso tempo, l'ordinamento francese, da sempre assunto a modello virtuoso in ambito europeo, riconosce prevalenza indiscussa all'interesse pubblico anche prevedendo il diritto di prelazione per gli enti locali; ugualmente si è potuta apprezzare la legge croata che, prevedendo ipotesi-limite di proroga e la possibilità di concessioni senza gara per solo uso sociale, sportivo o culturale, si è dimostrata pienamente coerente con i principi europei.
Alla luce del quadro nazionale ed europeo descritto, si ritiene che una nuova legge sulle concessioni del demanio marittimo debba avere irrinunciabili caratteristiche:
- dovrà valorizzare al massimo i principi dell'evidenza pubblica[68], derogandovi solo in ipotesi tassative (es. concessioni ad uso sociale), possibilmente preferendo una

[67] Ci si riferisce al «Disegno di legge recante delega al Governo per la revisione e il riordino della normativa relativa alle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali ad uso turistico-ricreativo» approvato dal Consiglio dei Ministri il 27 gennaio 2017, e dalla Camera dei Deputati il 26 ottobre 2017 ed infruttuosamente trasmesso al Senato della Repubblica, dove il testo è naufragato con la scadenza naturale della Legislatura.

[68] Non si dubita che i principi della concorsualità e dell'evidenza pubblica trovino applicazione anche per le concessioni di beni pubblici. Tanto è evincibili da una interpretazione sistematica delle norme di settore: su tutti, l'art. 16 del d. lgs. 26 marzo 2010, n. 59 prescrive una selezione tra i candidati nelle ipotesi in cui il numero di titoli autorizzatori sia limitato per la scarsità delle risorse naturali. Sul medesimo crinale si pongono le più risalenti disposizioni della legge generale di contabilità dello Stato e della legge breve sul procedimento amministrativo. A conferma di ciò, in sede giustiziale, si è detto: «*Anche nel caso in cui si tratti di una concessione di un bene pubblico (demaniale) e non già di una concessione di servizi, sussiste la necessità di applicare i principi di matrice europea di trasparenza, non discriminazione, proporzionalità nelle procedure di assegnazione; invero, l'indifferenza comunitaria al*

ISSN 2036-7821

competenza statale (es. delle Prefetture, come in Francia) e non locale[69], all'uopo anche estendendo alle gare *de quibus* le regole del Codice dei contratti pubblici[70];

- dovranno evidentemente escludersi meccanismi di proroga automatica o tacita delle concessioni, salva la possibilità di prevedere, al verificarsi di condizioni rigide e predeterminate (ed eventualmente anche su autorizzazione di un ente superiore, come in Croazia), estensioni di durata strettamente limitate nel tempo;
- la riforma dovrà necessariamente rivedere i criteri di determinazione dei canoni concessori, in senso proporzionale tenuto anche all'investimento del concessionario, come previsto dalla medesima legge di bilancio del 2018 che, oltre a disporre la proroga, ha stabilito di adottare entro 120 giorni dall'entrata in vigore un Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri che provveda, *inter alia*, alla ricognizione degli investimenti effettuati e dei canoni attualmente applicati, nonché alla revisione ed all'aggiornamento degli stessi canoni demaniali;
- infine, dovrà necessariamente prevedersi una disciplina transitoria per le concessioni di prossima scadenza o comunque per contenere gli effetti negativi della pandemia.

In relazione all'ultimo punto, ciò che è certo è che le conseguenze negative dell'emergenza sanitaria in corso non possono essere mitigate attraverso ingiustificate proroghe ultradecennali.

Nella transizione tra la vecchia e la nuova disciplina, nel contemperamento delle esigenze di ripartenza degli operatori economici del settore, possono infatti soggiungere istituti di carattere generale o farsi applicazione in via analogica di normative di altri settori: ci si riferisce, in particolare, alla possibilità di "rinegoziare" i singoli contratti di concessione, con «l'operazione attraverso la quale le parti si adoperano per ricomporre il sinallagma contrattuale, alla luce di uno o più eventi

---

nomen *della fattispecie, e quindi alla sua riqualificazione interna in termini pubblicistici o privatistici, fa sì che la sottoposizione ai principi di evidenza trovi il suo presupposto sufficiente nella circostanza che con la concessione di area demaniale si fornisca un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai ricordati principi di trasparenza e non discriminazione*» (*ex multis*, T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, Sez. I, 15 luglio 2017, n. 235).

[69] Per una disamina accurata delle competenze istituzionali in materia cfr. M. ARSÌ, *I beni pubblici*, in S. CASSESE (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, II, Milano, 2003, pagg. 1265 ss.

[70] Le concessioni di beni sono ad oggi espressamente escluse dall'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici (d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50) il cui art. 164, comma 2, stabilisce: «*in ogni caso, le disposizioni della presente Parte non si applicano i provvedimenti, comunque denominati, con cui le amministrazioni aggiudicatrici, a richiesta di un operatore economico, autorizzano, stabilendone le modalità e le condizioni, l'esercizio di un'attività economica che può svolgersi anche mediante l'utilizzo di impianti o altri beni immobili pubblici*». Sulla distinzione tra concessione di beni e concessioni di servizi, in relazione a quelle del demanio marittimo, cfr. F. ARMENANTE, *La non disciplina delle concessioni demaniali*, cit., pag. 272 ss.

ISSN 2036-7821

che, in modo imprevisto e indipendente dalla loro volontà, abbiano causato l'alterazione»[71].

Ed infatti, ciò che la rinegoziazione mira a mitigare è una sopravvenienza[72], un evento sopravvenuto rispetto alla conclusione del contratto che, al momento della sua stipula, non poteva essere previsto e, come tale, travalica la normale *alea* del negozio.

Tale peculiare ipotesi di squilibrio sopravvenuto del sinallagma contrattuale è disciplinata dall'art. 1467 del Codice civile, ai sensi del quale la parte di un accordo, se la propria prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari ed imprevedibili, può domandare la risoluzione del contratto: in tal caso, per la controparte è possibile offrire di modificare equamente le condizioni pattuite, per evitare la risoluzione.

Dunque, la riduzione ad equità del contratto (*recte* la rinegoziazione) costituisce il mezzo attraverso cui governare le sopravvenienze e sterilizzarne gli effetti negativi.

L'evento che dà luogo alla sopravvenienza deve essere – ai sensi dell'art. 1467 – straordinario e imprevedibile e può avere varia natura: anche un provvedimento amministrativo che impedisce l'esecuzione della prestazione può essere ricondotto tra le sopravvenienze.

Certamente eventi straordinari ed imprevedibili sono una pandemia[73] ed i conseguenti provvedimenti inibitori di determinate attività: di tanto si è dimostrato più volte conscio il Legislatore emergenziale che ha introdotto significative disposizioni volte ad esonerare da responsabilità il debitore costretto al rispetto delle misure di contenimento.

Nell'ambito della contrattualistica pubblica, la possibilità di "rinegoziare" le condizioni dei contratti in corso di esecuzione è riconosciuta solo in presenza di condizioni predeterminate.

Proprio in materia di concessioni (di lavori e di servizi), l'art. 175 del Codice dei contratti pubblici prevede plurime possibilità di modifica dei contratti[74].

---

[71] Così B. MANFREDONIA, *I contratti* con *la Pubblica Amministrazione. Interessi, funzioni, interpretazione*, Napoli, 2020, pag. 165 ss. Nella prospettiva dell'Autrice, a seguito delle modificazioni dell'assetto originario degli interessi, viene a verificarsi «una scissione diacronica fra l'atto negoziale e l'attuazione concreta degli interessi» per cui l'equilibrio inizialmente raggiunto dalle parti, nell'evenienza venga messo in discussione da un'esecuzione differita, continuata o periodica, va rivisto in un momento successivo.

[72] Per una ricostruzione storico-civilistica del fenomeno v. P. GALLO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e presupposizione*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, VII, Torino, 2012, pag. 440 ss.

[73] Ad esempio, Cass. civile, Sez. III, 10 luglio 2018, n. 18047, in *DeJure*, ha ritenuto evento oggettivamente straordinario ed imprevedibile lo scoppio di una epidemia tropicale che non aveva consentito al ricorrente di beneficiare della controprestazione di un contratto di vendita di un pacchetto di viaggio tutto compreso.

[74] Ai sensi della norma in commento, le concessioni in corso d'esecuzione possono essere modificate senza ricorrere ad una nuova procedura di aggiudicazione: se le modifiche sono state espressamente previste nei documenti di gara, in clausole chiare, precise e inequivocabili che ne fissino la portata e le condizioni; in caso di lavori supplementari che si rendono necessari in corso di esecuzione; ove ricorrano circostanze che la stazione appaltante non poteva prevedere al momento dell'aggiudicazione secondo l'ordinaria diligenza, e la modifica

ISSN 2036-7821

Trattasi di ipotesi strettamente vincolate che, in caso contrario, in luogo della "rinegoziazione", comporterebbero l'indizione di una nuova procedura di aggiudicazione: in tal senso, anche l'Autorità Nazionale Anticorruzione[75] ha ribadito che, in presenza di circostanze straordinarie non prevedibili secondo l'ordinaria diligenza al momento dell'aggiudicazione, la stazione appaltante può modificare le convenzioni concluse con il concessionario, in presenza dei presupposti tassativamente indicati dall'art. 175, la cui valutazione della sussistenza è rimessa alla esclusiva discrezionalità dell'Amministrazione aggiudicatrice.

La norma dettata in tema di concessioni replica sostanzialmente quanto già previsto dall'art. 106 del Codice dei contratti con la differenza che ivi è espressamente prevista la possibilità di una proroga degli appalti in corso di esecuzione, limitata nel tempo e se prevista nei documenti di gara; ugualmente, è ammessa la proroga per il periodo strettamente necessario alla conclusione delle procedure di individuazione del nuovo contraente (c.d. proroga tecnica).

Per un quadro complessivo, si osservi poi come lo stesso Legislatore emergenziale[76], relativamente ai rapporti di concessione di beni in settori di mercato diversi da quello che ci occupa ha dettato, in luogo di improponibili proroghe ultradecennali, una disciplina maggiormente coerente e sostenibile, prevedendo l'espressa possibilità di rinegoziazione e limitata proroga solo per i rapporti di prossima scadenza, al fine di contenere gli effetti negativi della pandemia[77].

Anche relativamente ai beni immobili del demanio culturale sono dettate ben più coerenti disposizioni in ordine alla durata ed al rinnovo delle concessioni[78].

---

non alteri la natura generale della concessione. In ogni caso, non deve trattarsi di modifiche sostanziali ai sensi del comma 7 (es. la modifica non può introdurre condizioni che, se originariamente previste, avrebbero consentito l'ammissione di altri candidati.

[75] Con delibera n. 388 del 12 aprile 2017, in www.anticorruzione.it.

[76] Il medesimo Legislatore che ha disposto le proroghe delle concessioni marittime di cui si discute.

[77] L'art. 216, comma secondo, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. Decreto Rilancio), in tema di impianti sportivi, ha previsto che, in ragione della sospensione delle attività sportive disposta nel periodo emergenziale, le parti di un rapporto di concessione comunque denominato, su richiesta del concessionario, possono concordare «*la revisione dei rapporti in scadenza entro il 31 luglio 2023*» rideterminando le condizioni di equilibrio economico-finanziario determinate in sede di aggiudicazione, «anche attraverso la proroga della durata del rapporto». Nella relazione illustrativa del decreto, la norma è giustificata dalla circostanza che gli operatori economici del settore sportivo, a fronte di una chiusura imposta per *factum principis*, dovranno comunque affrontare spese di riqualificazione e messa in sicurezza degli impianti: deve evidenziarsi che una simile norma non trova applicazione per quelle concessioni in scadenza oltre il 31 luglio 2023, per le quali «può ragionevolmente presumersi che diseconomie determinate dalla emergenza COVID-19 potranno essere nel tempo "assorbite" attraverso piani di recupero e di efficientamento adottati dal gestore, senza necessità di un intervento eteronomo sul rapporto».

[78] L'art. 7 del Decreto del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo 6 ottobre 2015, prevede una durata delle concessioni del demanio culturale non superiore a dieci anni con la possibilità di una motivata proroga in particolari ipotesi connesse ad ipotesi di ripristino o restauro dei beni, per una durata totale della concessione non superiore ai diciannove anni, scaduti i quali è vietata ogni forma di rinnovo automatico o tacito.

ISSN 2036-7821

Insomma, i rassegnati esempi dimostrano come soluzioni maggiormente rispondenti alle regole europee e rispettose dei principi proconcorrenziali possono trovarsi sia in via emergenziale sia applicando, attraverso una interpretazione sistematica ed assiologica, norme già esistenti: a simili soluzioni stanno pervenendo, infatti, alcune Amministrazioni concedenti che, in luogo di applicare la proroga ultradecennale, hanno preferito estendere le concessioni in essere per il periodo strettamente corrispondente a quello emergenziale[79].

6. Riflessioni conclusive. L'(ultima) occasione del Piano nazionale di ripresa e resilienza.

Nel titolo del presente lavoro si è voluta definire "insostenibile" la proroga ultradecennale delle concessioni demaniali marittime: si è scelto tale aggettivo dal momento che trattasi di scelta legislativa evidentemente "anacronistica" e "asistematica", totalmente avulsa dal quadro ordinamentale di segno costantemente contrario; lo dimostrano le plurime decisioni giustiziali citate, l'azione intrapresa dall'Autorità di regolazione del mercato di riferimento, nonché, da ultimo, la messa in mora della Commissione europea.

Insomma, una proroga ultradecennale, giustificata da vaghi e imprecisi riferimenti ai presunti effetti negativi della pandemia o dei cambiamenti climatici, non può trovare cittadinanza in un ordinamento ormai improntato alla tutela della concorrenza ed al principio dello sviluppo sostenibile, che impone anche di preservare le aree costiere[80] da concessionari poco affidabili o mossi da progetti non rispondenti all'interesse pubblico sul piano ambientale.

La Commissione europea ha da tempo evidenziato come la crisi pandemica abbia messo duramente alla prova il quadro di concorrenza all'interno dell'Unione, ribadendo come vada evitato che strumenti di flessibilità temporanea causino una frammentazione del mercato unico[81].

In questo spirito si muove la legislazione europea di disciplina del Piano di ripresa.

Non è noto ad oggi se il Governo italiano abbia riscontrato o meno la messa in mora della Commissione europea: in assenza, alcune vaghe indicazioni delle intenzioni del Legislatore possono reperirsi nelle bozze disponibili del Piano nazionale di ripresa e resilienza che, a seguito del repentino cambio dello scenario politico, come noto, è in fase di riscrittura.

[79] Si pensi al sopra descritto caso del Comune di Rapallo.

[80] In tal senso – si segnala – l'obiettivo 14.5 dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite per lo sviluppo sostenibile, impone(va) entro il 2020 di preservare almeno il 10% delle aree costiere e marine, in conformità al diritto nazionale e internazionale e basandosi sulle informazioni scientifiche disponibili.

[81] Cfr. la comunicazione della Commissione europea al Parlamento e al Consiglio del 27 maggio 2020 dal titolo "Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione", in www.eur-lex.europa.eu.

ISSN 2036-7821

L'ultima versione approvata[82], in maniera lapidaria, si limita(va) a dire che «si introdurrà una riforma delle concessioni statali che garantirà maggiore trasparenza e un corretto equilibrio fra l'interesse pubblico e privato, nonché il costante miglioramento del servizio degli utenti».
Trattasi di petizione del tutto generica e che si spera la nuova versione del Piano meglio dettagli.
Non può infatti trascurarsi che il regolamento UE 2021/241[83], all'art. 18, nel disciplinare i contenuti dei piani nazionali per la ripresa e la resilienza (che devono essere oggetto di approvazione da parte della Commissione), stabilisce al comma 4, lett. b) che il documento deve contenere «*una spiegazione del modo in cui il piano per la ripresa e la resilienza contribuisce ad affrontare in modo efficace tutte o un sottoinsieme significativo delle sfida, individuate nelle pertinenti raccomandazioni specifiche per paese* […] *o in altri documenti pertinenti adottati ufficialmente dalla Commissione nell'ambito del semestre europeo*».
Di conseguenza, condizione indispensabile per l'approvazione del PNRR è il rispetto delle raccomandazioni rivolte agli Stati membri nel corso degli anni: per l'Italia: ne discende che, al pari di quella della giustizia civile e della pubblica amministrazione, la riforma delle concessioni demaniali non è più rinviabile.
Tuttavia, mentre altre riforme trovano nell'attuale bozza del PNRR un'ampia descrizione di come le stesse vogliano realizzarsi, relativamente alle concessioni il documento (per ora) nulla dice nel dettaglio se non la lapidaria enunciazione di principio che si è riportata sopra.
Rebus sic stantibus è dunque più che ragionevole dubitare che il documento possa trovare l'approvazione delle istituzioni europee, ancora in attesa delle controdeduzioni alla messa in mora.
Ciò nonostante, il PNRR resta probabilmente l'unica occasione che l'Italia ha per evitare una ormai più che certa (e sarebbe l'ennesima) procedura di infrazione ed una più che probabile condanna da parte della Corte di Giustizia.
Di una possibile riforma si è cercato di tracciare le linee fondamentali con l'auspicio che così si riesca a prevenire le plurime criticità, prendendo atto dei più recenti arresti giurisprudenziali (e non cercando di eluderli), dettando, in luogo di confusionarie e asistematiche proroghe ultradecennali, una disciplina puntuale e rigorosa che garantisca certezze per gli operatori economici ed il corretto funzionamento del mercato di riferimento.

[82] Dal Consiglio dei Ministri nella riunione del 12 gennaio 2021, in www.governo.it.
[83] Trattasi del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, in www.eur-lex.europa.eu.

ISSN 2036-7821