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. 3/2022

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, 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, Josè 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 Cocozza, Andrea Marco Colarusso, 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"

La saga delle concessioni balneari al crocevia tra interventi legislativi e precedenti giurisprudenziali

di Federica Lorenzetti

(Dottoranda di ricerca in diritto amministrativo presso l'Unioversità degli Studi di Catania)

Sommario

1. Premessa – 2. Il demanio e i beni pubblici – 3. La concessione amministrativa – 4. Il quadro normativo nazionale e sovranazionale in materia di concessioni demaniali marittime – 4.1. La natura giuridica delle concessioni demaniali marittime alla luce della direttiva Bolkestein – 4.2. La giurisprudenza europea e il caso Promoimpresa –5. Il dictum delle Plenarie e le ricadute sul piano giuridico – 6. Disapplicazione della legge anti-comunitaria e responsabilità penale dei concessionari demaniali: una divergenza di opinioni 7. Riflessioni conclusive e prospettive di riforma.

Abstract

The maritime state-owned concessions for tourist-accommodation purposes represent a very important reality for our country, not only from an economic point of view, but also (and above all) for the repercussions they have on the coastal heritage. The nature of these concessions and their legal regime have been at the center of the debate between legal and non-law scholars for several years now, also in consideration of the importance of the topic. Currently, the bathing concessions in place amount to 27,335 and, in almost all cases, the owners of the same, against a negligible annual fee, have given life to a real business, also making huge investments.

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

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

Le concessioni demaniali marittime a finalità turistico-ricettive rappresentano una realtà molto importante per il nostro paese, non soltanto dal punto di vista economico, ma anche (e soprattutto) per le ripercussioni che le stesse hanno sul patrimonio costiero. La natura di tali concessioni e il loro regime giuridico sono ormai da parecchi anni al centro del dibattito tra studiosi del diritto e non, anche in considerazione dell'importanza che il tema riveste. Attualmente, le concessioni balneari in essere ammontano a 27.335[1] e, nella quasi totalità dei casi i titolari delle stesse, a fronte di un canone annuo irrisorio, hanno dato vita a un vero e proprio business, effettuando anche ingenti investimenti.

Come è ormai arcinoto, con due sentenze di eguale contenuto (le n. 17 e 18 del 2021)[2], l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è intervenuta sulla *vaexata quaestio* delle proroghe legali delle concessioni demaniali marittime, sancendo (si spera) definitivamente la loro incompatibilità con il diritto dell'unione europea, e, in particolare, con l'49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva CE n. 123 del 2006 (c.d. direttiva Bolkestein), la quale è stata ritenuta direttamente applicabile in quanto sufficientemente chiara, precisa e incondizionata. Tuttavia, l'operatività delle due pronunce é stata rinviata, con una tecnica di modulazione degli effetti che ha suscitato in dottrina non poche perplessità[3], al 1° gennaio 2024. Pertanto, il presente elaborato si pone come obiettivo quello di offrire una panoramica quanto più esauriente possibile del regime giuridico delle concessioni balneari, alla luce sia dei numerosi interventi legislativi che delle recentissime pronunce giurisprudenziali, tra cui si segnala, oltre alle Adunanze Plenarie n. 17 e 18 del 2021, anche la pronuncia della Corte di Cassazione, terza sezione penale, n. 15676 del 22 aprile 2022, con cui i giudici di legittimità sembrerebbero discostarsi da quanto affermato dal Consiglio di Stato in un *obiter dictum*. Infine, ci si soffermerà sulla imminente riforma delle concessioni balneari contenuta nel ddl concorrenza, approvato il 30 maggio al Senato

[1] cfr. Sistema informativo del demanio marittimo: dati.mit.gov.it/catalog/dataset/concessioni-demaniali-marittime.

[2] Per un primo commento delle sentenze si veda: E. Cannizzaro, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18 dell'Ad. plen. del Consiglio di Stato*, in *Giustiziainsieme.it*; F.P. Bello, *Primissime considerazioni sulla "nuova" disciplina delle concessioni balneari nella lettura dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Giustiziainsieme.it*, 2021; R. Rolli, D.Granata, *Concessioni demaniali marittime: la tutela della concorrenza quale Nemesi del legittimo affidamento*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, fasc.5, 2021, pag. 1624; A. M. Sandulli, *Sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, in *Giustiziainsieme.it*, 2021; A. F. Di Sciascio, *Le concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative tra regime di proroga e (timida) apertura al mercato ed alla concorrenza*, in *Rivista Corte dei Conti*, n. 1 del 2022; M. Timo, *Concessioni balneari senza gara ... all'ultima spiaggia*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, fasc.5, 2021, pag. 1596; E. Zampetti, *Le concessioni balneari dopo le pronunce Ad. Plen. 17 e 18 2021. Definito il giudizio di rinvio innanzi al C.G.A.R.S.*, in *Giustiziainsieme.it*.

[3] A. Giannelli, G. Tropea, *Il funzionalismo creativo dell'Adunanza Plenaria in tema di concessioni demaniali marittime e l'esigenza del katékon,* in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.5-6, 1 ottobre 2021, pag. 723.

ISSN 2036-7821

e attualmente in esame presso la Camera dei deputati, provando ad evidenziare alcune criticità.

2. *Il demanio e i beni pubblici.*

Prima di illustrare il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime appare opportuno esaminare preliminarmente il concetto di demanio pubblico. Il codice civile del 1942, come osservato in dottrina[4], non definisce la nozione di "proprietà pubblica", ma si limita ad enucleare il regime giuridico dei beni appartenenti all'amministrazione pubblica. Analogamente anche l'art. 42 della nostra Costituzione sancisce solennemente al primo comma che la proprietà "è pubblica o privata", lasciando quindi chiaramente intendere che, accanto ad uno regime privatistico della proprietà ve ne debba essere anche uno necessariamente pubblicistico, senza tuttavia definirlo.

In dottrina e in giurisprudenza la nozione di "bene pubblico"[5] si è andata definendo avuto riguardo principalmente a tre tesi. Per un primo indirizzo[6], minoritario, dovrebbe essere valorizzata la natura oggettiva del bene pubblico, in quanto funzionale al perseguimento di uno scopo pubblico ovvero di un interesse della collettività, a prescindere dalla sua appartenenza ad un soggetto pubblico o privato. All'opposto, i fautori della concezione soggettiva definiscono pubblico ogni bene che appartiene ad un ente pubblico.

Nessuna di queste due tesi, tuttavia, risulta essere pienamente convincente: da un lato, infatti, anche i beni privati possono realizzare interessi pubblici, dall'altro, invece, anche beni soggetti al regime privatistico possono appartenere ad enti pubblici.

Invero, si è sostenuto[7] sul punto che nel nostro ordinamento vige il principio di neutralità soggettiva, secondo cui la qualità del soggetto è neutra e non influisce sulla natura del bene. Conseguentemente, si è andata ad affermare una terza tesi, ad oggi prevalente, incentrata su un criterio di tipo "misto", in base alla quale un bene può essere definito pubblico se appartiene ad un ente pubblico ed è destinato al soddisfacimento di un interesse pubblico.

---

[4] Caringella, F. Mazzamuto, Morbidelli G., *I beni pubblici*, *Manuale di Diritto Amministrativo*, IX Ed., 2016, p. 869

[5] Sul tema cfr. Caputi Jambrenghi, *Beni pubblici tra uso pubblico e interesse finanziario*, in *dir. amm.*, 2007, 165 s.s.; Id., *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici*, Napoli, 1979; Cassarino, *La destinazione dei beni pubblici*, Milano 1962; Cassese, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969; Cerulli Irelli, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983; Della Cannanea, *I beni*, in Cassese (a cura di) *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2004, 171; Giannini, *I beni pubblici*, Roma, 1963; Guicciardi, *Il demanio*, Padova, 1934; A. Police (a cura di), *I beni pubblici*, 2008; Renna, *Beni pubblici*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese, I, Milano, 2005, 714 ss.; M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963.

[6] M. Renna, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, 2004.

[7] F. Caringella, *Manuale ragionato di diritto Amministrativo*, 2020.

ISSN 2036-7821

Il regime giuridico dei beni pubblici è disciplinato sostanzialmente dal codice civile, il quale opera una bipartizione tra beni demaniali e beni del patrimonio indisponibile. Da queste due categorie devono invece essere tenuti distinti i beni facente parte del patrimonio disponibile in quanto quest'ultimi, diversamente dai primi, non sono funzionali al perseguimento di un interesse della collettività ma sono utilizzati dalla Pubblica Amministrazione, che ne è proprietaria, per finalità prettamente redditizie.

I beni demaniali, a loro volta, si distinguono in beni facente parte del demanio "necessario" e beni facente parte del demanio "accidentale". Mentre la prima categoria è composta dai beni immobili di esclusiva proprietà dello Stato, che non possono che appartenere ad esso, il demanio accidentale comprende beni immobili e universalità di beni mobili che possono ancora non essere di proprietà di enti pubblici territoriali ma, qualora lo siano, rientrano nella suddetta categoria e non già nei beni patrimoniali indisponibili.

Il demanio marittimo appartiene al demanio necessario e, al contempo, costituisce anche demanio c.d. "naturale" in quanto i beni che vi fanno parte esistono già in natura. Quest'ultimi, poi, sono elencati all'art. 28 cod. nav. (tradizionalmente considerato come una specificazione dell'art. 822 c.c[8].), il quale testualmente afferma che "Fanno parte del demanio marittimo: a) il lido, la spiaggia, i porti, le rade; b) le lagune, le foci dei fiumi che sboccano in mare, i bacini di acqua salsa o salmastra che almeno una parte dell'anno comunicano col mare; c) i canali utilizzabili ad uso pubblico marittimo". Si tratta di beni che, in virtù delle loro particolari caratteristiche, necessitano di essere adeguatamente tutelati sia da un punto di vista ambientale che paesaggistico.

Il problema che si pone, quindi, è quello di garantire un compromesso tra lo sfruttamento imprenditoriale degli stessi e la loro fruizione da parte della collettività, in modo tale da assicurarne una adeguata valorizzazione. A tal proposito occorre rilevare come la dottrina tradizionale fosse solita ricondurre lo sfruttamento dei beni demaniali marittimi ad un uso c.d. "speciale" dei beni pubblici, implicante la possibilità di sfruttare economicamente gli stessi compatibilmente con la loro destinazione pubblica[9]. Attraverso l'uso speciale, infatti, l'amministrazione accorda l'uso del bene a determinati soggetti prescrivendo loro l'adozione di determinate cautele volte a preservarne l'integrità[10]. Lo strumento principale utilizzato per

[8] Cfr. F. Francario, *Il demanio costiero. Pianificazione e discrezionalità*, in *Giustiainsieme.it*. Si noti, inoltre, che per dottrina e giurisprudenza l'elencazione di cui all'art. 822 c.c. è da considerarsi tassativa. Cfr. ex multis Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 180 ss.

[9] Vedi V. Cerulli Irelli, *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni*, in *Annuario* AIPDA 2003, Milano, 2004, p. 24, che richiama, nella casistica variegata cui corrisponde il modello in questione, anche gli stabilimenti balneari e gli altri impianti turistici sulle spiagge demaniali; M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963, p. 58.

[10] Cfr. Garofoli, *Manuale di diritto amministrativo*, 2021.

ISSN 2036-7821

trasferire il diritto di uso del bene in capo ai privati è quello della concessione amministrativa e i vantaggi che l'adozione di questo modello può comportare sono principalmente due: da un lato l'agevolazione della fruizione da parte della collettività, dall'altro la remunerazione dell'amministrazione titolare del bene medesimo.

3. La concessione amministrativa.

Come anticipato sopra, la concessione amministrativa è il tradizionale provvedimento amministrativo con cui la pubblica amministrazione attribuisce diritti[11]. Da essa deve essere invece tenuta distinta la figura dell'autorizzazione, che ricorre quando la pubblica amministrazione rimuove un limite legale all'esercizio di un diritto di cui il privato è già titolare[12].

Più precisamente, mentre il potere concessorio comporta in capo all'amministrazione una notevole discrezionalità, dovendo quest'ultima verificare la vantaggiosità o quantomeno l'utilità che le potrebbe derivare dal conferimento al privato di un diritto o di un potere, il potere autorizzatorio implica invece una discrezionalità più limitata, essendo l'amministrazione chiamata essenzialmente a verificare l'assenza di profili pregiudizievoli. Inoltre, sebbene entrambe le figure appartengano al *genus* dei provvedimenti ampliativi della sfera giuridica del destinatario, diversa è la loro struttura: infatti, mentre l'autorizzazione si esaurisce in un atto provvedimentale, il provvedimento concessorio è nella maggior parte dei casi accompagnato da una convenzione bilaterale, denominata concessione-contratto, volta a definire i rapporti tra l'amministrazione e il privato soprattutto da un punto di vista patrimoniale. La concessione amministrativa, poi, può essere costitutiva o traslativa, a seconda che la situazione giuridica attribuita sia del tutto nuova (come avviene nella concessione di onorificenze) ovvero appartenga già all'amministrazione, che ne è quindi titolare, come nel caso della concessione di un bene o di un servizio[13].

---

[11]Cfr. Mattarella, voce *Atto amministrativo*, tipologia, in *Dizionario di diritto amministrativo*, a cura di Clarich-Fonderico, Milano, 2007, p. 82; O. Ranelletti, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it*., 1894, 29, secondo cui la concessione amministrativa è incentrata sull'attribuzione di un nuovo diritto (in senso lato) «senza che questi ne abbia neppure il germe»; U. Forti, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. It*, 1900.

[12] Sul punto si veda: Ranelletti, *op. cit*, 1898, 21; Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 318 ss.; Salvatore, voce *Autorizzazione*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1988; Mattarella, voce *Atto amministrativo*, tipologia, in *Dizionario di diritto amministrativo*, op. cit., 2007, 82; Garofoli, Manuale di diritto amministrativo, 2021, p. 909; G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, 261, secondo cui «*carattere comune di tali provvedimenti è l'effetto, che è loro proprio, di conferire a una o più persone estranee all'amministrazione nuove capacità o nuovi poteri e diritti, dai quali resta ampliata la loro sfera giuridica*»; O. Rannelleti, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Roma-Firenze, 1894; A.M. Sandulli, *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, in *Riv. trim. dir. pubb*., 1957, 784 e ss.; M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1993, 614 e ss.

[13] D. D'Amico, *Natura giuridica e riparto di giurisdizione delle concessioni pubbliche: in particolare, delle concessioni di beni pubblici*, in *Dir. amm*., 2021, 5, 1; B. Giliberti, *Contributo alla riflessione sulla natura giuridica delle concessioni di*

ISSN 2036-7821

La natura giuridica della concessione è da sempre controversa: si tratta, invero, di un istituto a cavallo tra il diritto pubblico e il diritto privato. Sul punto sono state operate diverse ricostruzioni dogmatiche, dividendosi la dottrina principalmente tra i sostenitori della concezione c.d. pubblicistica (altrimenti detta tesi anti-contrattualistica), per i quali la concessione deve essere considerata alla stregua di un provvedimento amministrativo, e i sostenitori della concezione privatistica, i quali operano una contrattualizzazione dell'istituto. Più nel dettaglio, per un primo orientamento, la concessione amministrativa doveva essere ricondotta all'istituto del contratto[14]. La concessione nacque, infatti, nella prassi della pubblica amministrazione come negozio giuridico in grado di prevedere e regolare i reciproci adempimenti delle parti contraenti[15].

Tuttavia, alla fine del diciannovesimo secolo, mutarono radicalmente, sotto l'influsso dell'idealismo giuridico tedesco[16], la qualificazione dei rapporti tra le pubbliche amministrazioni e i loro interlocutori, con la conseguenza che si iniziò a ritenere il contratto – strumento privatistico per eccellenza – incompatibile con l'esercizio del potere pubblico.

Pertanto, si andò ad affermare un secondo orientamento[17], secondo cui la concessione amministrativa doveva essere intesa alla stregua di un provvedimento unilaterale ad effetti bilaterali. Si tratta della teoria c.d. unilateralistica, secondo cui l'unica fonte regolatoria del rapporto con il privato sarebbe costituita dal provvedimento concessorio e l'adesione di quest'ultimo non costituirebbe altro che un semplice presupposto del citato provvedimento ovvero una mera condizione di efficacia[18], asseconda che la stessa intervenga prima o dopo l'adozione dell'atto di concessione da parte della P.A.[19].

---

pubblico servizio, in *P.A. - Persona e Amministrazione*, 2018, 1, 114; A. Altieri, *Le concessioni amministrative, in Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, 2020.

[14] Fino alla seconda metà dell'ottocento, infatti, i rapporti contrattuali tra la Pubblica amministrazione e i privati erano regolati e disciplinati dal diritto comune. In mancanza di una nozione precisa di concessione amministrativa, i giudici utilizzavano l'espressione "contratto di concessione" per definire la concessione a titolo oneroso, mentre i canoni pagati dal concessionario venivano qualificati quale semplice "fitto". Si veda, sul punto, L. Mannnor, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001; M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative*, Napoli, 1981; Id., *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1988; G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984; A. Botto, S, Castrovinci Zenna, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Torino, 2020.

[15] A. Altieri, *op. cit.*

[16] O. Mayer, *Zur lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag*, in *AöR*, 1888, secondo cui *"i contratti dello Stato nel campo del diritto pubblico non sono assolutamente concepibili":*

[17] Silvestri, voce *Concessione amministrativa*, in *Enc. Dir.* VIII, Milano, 1961

[18] Cfr: A. Gemmi, *Il tramonto della concessione-contratto: la svolta pubblicistica della giurisprudenza,* in *P.A. - Persona e Amministrazione*, 2019, 1, 491; R. Rolli, D.Granata, *Concessioni demaniali marittime: la tutela della concorrenza quale Nemesi del legittimo affidamento*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, fasc.5, 2021, pag. 1625;

[19] La tesi della concessione quale provvedimento unilaterale è stata sottoposta a diverse critiche da parte della dottrina. Si è evidenziato, in particolare, la difficoltà nascente nel conciliare il motivo per cui il rapporto concessorio dovrebbe avere fonte in un provvedimento unilaterale con la necessità del consenso del privato al fine di poter dar vita al sinallagma concessorio. Sul punto, cfr. G. Greco, *Le concessioni di pubblici servizi tra*

ISSN 2036-7821

Per una terza tesi, invece, le concessioni dovrebbero essere ricondotte al novero dei contratti di diritto pubblico, costituendo una manifestazione dell'attività d'imperio della pubblica amministrazione in materie pubblicistiche[20]. A supporto di tale conclusione, i fautori di questa tesi hanno valorizzato l'art. 11 della legge n. 241 del 1990, riconducendo le concessioni agli accordi procedimentali c.d. facoltativi e finendo così per negare in toto la configurabilità di un rapporto paritetico tra le parti contrattuali[21]. Più precisamente, si è parlato in proposito di accordi "necessari", ovvero di "*quelle figure (concessione di pubblici servizi, convenzione di lottizzazione, convenzioni sanitarie, ecc.), che la legge ha strutturato in forma convenzionale e contrattuale, pur producendo effetti analoghi a quelli di un provvedimento amministrativo*".[22] Conseguentemente, poiché tali accordi sono funzionali alla cura di interessi pubblici, la disciplina concretamente applicabile non può che essere quella pubblicistica, restando l'applicazione del diritto privato del tutto residuale[23].

Un quarto orientamento, infine, si è andato ad affermare in giurisprudenza al fine di garantire una maggiore stabilità del rapporto concessorio, soprattutto per ciò che riguarda i profili patrimoniali dello stesso, ed è incentrato sulla teoria della c.d. concessione – contratto[24]. Più precisamente, secondo i sostenitori di questa tesi, la fattispecie concessoria risulterebbe dalla combinazione di due momenti giuridici distinti, uno autoritativo, identificabile nel provvedimento amministrativo con cui l'amministrazione conferisce la concessione, l'altro, paritetico, rappresentato dal contratto privatistico che disciplina gli obblighi e i diritti reciproci dell'ente concedente e del privato concessionario[25]. Quest'ultima teoria, in particolare, ha

---

provvedimento e contratto, in *Dir. amm*., 1999, 382, secondo cui: "*non risulta condivisibile, infatti, il pur recente e autorevole tentativo di ricostruire l'istituto in termini provvedimentali [...] quel che non si può condividere è la ricostruzione di un atto amministrativo, unilaterale e autoritativo (e, dunque provvedimentale), che, se concepito separatamente dall'accordo, convenzione o contratto, è privo di effetti autonomi e se concepito – come pare – quale contributo volitivo dell'Amministrazione nella formazione dell'accordo, perde i connotati dell'atto unilaterale, essendo unica la fonte del rapporto (appunto l'accordo o la convenzione), nel cui ambito confluisce anche la volontà del privato [...]. La convenzione, l'accordo o il contratto [...] non costituiscono, infatti, la sommatoria di due fonti distinte, ma un unico atto negoziale (bilaterale), a cui partecipano – sia pure sulla base di posizioni diverse – l'amministrazione e il privato*".

[20] Garofoli, *op. cit*., p. 917

[21] A. Gemmi, op. cit.; L. Monteferrante, *Il diritto dei contratti conquista gli accordi*, in *Urb. e app*., VIII, 2006, 955; M. A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, *Trattato sui contratti pubblici*, IV, Milano, 2008; S. D'Ancona, *La revoca e il recesso nelle concessioni amministrative*, in M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone, G. Bottino (a cura di); B. Spampinato, *Accordi amministrativi, concessioni-contratto e giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Dir. amm*., II, 1996, 517.

[22] G. Greco, *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, V ed., 2019

[23] G. Greco, *op. cit*. Sulla inapplicabilità del diritto privato ad accordi funzionalizzati, si veda anche A. Amorth, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. Dir. Pubb*., 1939, 76.

[24] Per una analisi storica dell'istituto si veda M. D'Alberti, *Concessioni Amministrative*, in *Enc. del Dir*., Roma, vol. VII, 1988.

[25] È questa la tesi sostenuta dalla Cassazione nella sentenza 12 gennaio 1910 (in Riv. dir. Comm., 1910, 248, in cui si afferma testualmente che «*le dottrine sono non sicure e determinate e molto meno di accordo nella definizione giuridica dell'essenza di siffatte concessioni. Sembra che sia più conforme alla loro nozione considerare l'atto di concessione in due momenti giuridici. Nel primo momento può scorgersi la determinazione della volontà dello Stato che, sottraendo all'uso*

ISSN 2036-7821

ricevuto una notevole spinta grazie all'avvento della legislazione comunitaria e, ad oggi, rappresenta la qualificazione giuridica prevalente dei rapporti concessori, soprattutto per quelli concernenti il trasferimento d'uso di un bene pubblico.

4. Il quadro normativo nazionale e sovranazionale in materia di concessioni demaniali marittime.

Le concessioni demaniali marittime ad uso turistico e ricreativo sono delle concessioni traslative aventi ad oggetto porzioni del demanio marittimo che vengono per lo più destinate alla gestione di stabilimenti balneari[26]. Esse hanno ad oggetto l'utilizzo di beni che, ai sensi dell'art. 822 c.c., appartengono al c.d. demanio necessario e, come è noto, sono disciplinate da una pluralità di fonti, non avendo mai potuto contare su una disciplina organica e unitaria[27].

Proprio per questo motivo appare opportuno, prima di soffermarsi sulle recenti pronunce giurisprudenziali intervenute sul tema, effettuare un rapido *excursus* delle modifiche legislative che si sono susseguite nel corso degli anni, al fine di poter offrire al lettore un quadro quanto più completo possibile della situazione.

Viene in rilievo, in primo luogo, il codice della navigazione, il quale all'art. 36, primo comma, dispone che "L' amministrazione marittima, compatibilmente con le esigenze del pubblico uso, può concedere l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di beni demaniali e di zone di mare territoriale per un determinato periodo di tempo". Si tratta, invero, di una concessione c.d. ad uso particolare, in quanto la *res* viene affidata a soggetti particolari specificatamente individuati nel provvedimento concessorio il quale, unitamente alle disposizioni normative, ne informa anche l'attività. Il primo comma del successivo articolo 37, invece, dispone che "*nel caso di più domande di concessione, è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico*". Tuttavia, è con due specifici istituti che la disciplina italiana ha posto peculiari problemi di compatibilità con il diritto comunitario: si tratta del c.d. diritto di insistenza e del rinnovo

---

pubblico un'area o una pertinenza demaniale, la concede, per uno spazio più o meno lungo di tempo, o ad uso di una industria marittima o per un uso industriale estraneo alle industrie marittime, a una qualunque industria privata; è un atto di sovranità dello Stato che si concreta nella concessione. Ma in un secondo momento l'amministrazione dello Stato, regolando il suo atto di concessione, entra in rapporti di obbligazione con il concessionario; e fra l'uno e l'altro si stabiliscono le condizioni, le modalità, il prezzo, si opera cioè una vera e propria stipulazione di contratto […] *In questa seconda ipotesi, certamente, possono aver luogo vere e proprie violazioni contrattuali e azioni ex contractu per ripararle* […] *Sorgono obbligazioni e responsabilità, diritti e doveri giuridici le cui violazioni possono dar luogo ad azioni giudiziarie».*

[26]B. Caravita, G. Carlomagno, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in *Federalismi.it*, 11 agosto 2021, 1 e ss.

[27] Cfr. B. Lageder, *La proroga delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in D. Granara (a cura di), *In litore maris. Poteri e diritti in fronte al mare,* Torino, 2019, 167 ss., e di A. Lazzaro, *Le concessioni demaniali marittime tra principi comunitari e ordinamento interno: gli attuali sviluppi normativi e giurisprudenziali. Quali prospettive?*, in *Dir. mar.*, 2021, 1, 21 ss.; M. Timo, *op. cit*.

ISSN 2036-7821

automatico, previsti rispettivamente dal secondo comma dell'art. 37 cod. nav. e dall'art. 1, comma 2, del d.l. n. 400 del 1993[28], come novellato dall'art. 10 della l. n.88 del 2001.

Il diritto di insistenza è una situazione giuridica soggettiva di cui può essere titolare un concessionario pubblico e consiste nella preferenza accordata agli attuali concessionari, rispetto agli altri concorrenti, nel momento in cui l'amministrazione, allo scadere della concessione, deve procedere ad una nuova assegnazione del bene.[29]

Diverse sono state, nel corso degli anni, le chiavi interpretative offerte di questo istituto. Secondo un primo orientamento, infatti, lo stesso doveva essere inteso alla stregua di un diritto soggettivo perfetto tutelato in modo incondizionato, secondo una diversa tesi, invece, il diritto di insistenza doveva essere inteso quale limite all'esercizio della discrezionalità dell'amministrazione[30]. Ne derivava, secondo queste letture improntate alla vincolatività dell'insistenza, l'onere del privato interessato a rimpiazzare il concessionario in carica di dimostrare di essere in grado di offrire maggiori garanzie sotto il profilo del più rilevante interesse pubblico[31]. Questa chiave di lettura, tuttavia, entrò in crisi con l'affermarsi dei principi di matrice comunitaria di non discriminazione, di libertà di stabilimento e di trasparenza. Di conseguenza, il diritto di insistenza finì per essere fortemente ridimensionato, potendo operare lo stesso alla stregua di una prelazione civilistica e quindi solo a condizione che il concessionario uscente dimostrasse di poter offrire condizioni identiche a quelle degli altri concorrenti[32].

Tuttavia, neppure la lettura di tale istituto in chiave comunitaria riuscì a risparmiare all'Italia l'apertura di una procedura di infrazione da parte della Commissione UE (n. 2008/4908)[33] con riferimento al diritto di insistenza previsto in materia di concessioni demaniali marittime dall'art. 37, comma 2, cod. nav. Si riteneva infatti che le concessioni *de quibus*, in quanto aventi ad oggetto beni economicamente

[28] Convertito in legge n. 494 del 1993.

[29] Garofoli, *Manuale di diritto amministrativo*, 2021, p. 521.

[30] Il riferimento è S. Cassese, *Concessione di beni pubblici e "diritto d'insistenza"* (nota a Cons. Stato, Sez. V, 9 dicembre 2002, n. n. 6764), in *Giornale dir. amm.*, 2003, 357. Cfr. altresì sul punto, Cons. St., Sez. IV, n. 817 del 1 ottobre 1993.

[31] G. Vosa, *Le concessioni balneari turistiche tra ordinamento degli stati e diritto dell'unione. Italia e Spagna: cammini diversi, soluzioni simili?*, in *Riv. trim. dir. pubbl*, fasc.1, 1 marzo 2022, pag. 49

[32] Caranta, *Concessioni di beni e regola della gara*, in Urb. e app., 2005, 337.

[33] Procedura di infrazione aperta su segnalazione dell'AGCM (AS481 del 20 ottobre 2008), effettuata ai sensi dell'art. 21 della legge 10 ottobre 1990, n. 287. In tale occasione, infatti, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato aveva evidenziato come tanto il diritto di insistenza di cui al'art. 37 cod. nav. quanto la proroga automatica di cui al d.l. 400 del 1993 "appaiono suscettibili di produrre effetti restrittivi della concorrenza, tenuto conto che né il codice della navigazione né il relativo regolamento di attuazione prevedono come principio generale, per l'assegnazione di concessioni marittime1, quello dell'utilizzo di procedure concorsuali trasparenti, competitive e debitamente pubblicizzate né, infine, quello della ragionevole durata delle concessioni demaniali". Al riguardo, v. N. Mocenni, *La legittimazione a ricorrere dell'Antitrust e le concessioni demaniali marittime*, in <www.ilme-rito.org>, 28 luglio 2021.

ISSN 2036-7821

contendibili[34], dovessero essere sempre affidate tramite gara, in ossequio ai principi di concorrenzialità di derivazione comunitaria, atti a garantire la parità di chances tra i concorrenti. Pertanto lo Stato italiano, per far fronte alla procedura di infrazione nelle more di una riforma organica della materia, con l'art. 1, comma 18, del d.l. n. 194 del 30 dicembre 2009 ha provveduto ad abrogare il comma 2 dell'art. 37 cod. nav. Il rinnovo automatico, invece, è stato introdotto nel nostro ordinamento, come anticipato sopra, dall'art. 10 della legge n. 88 del 2001, il quale ha disposto, modificando l'art. 1 comma 2 del d.l. n. 400 del 1993, che "*le concessioni indipendentemente dalla natura o dal tipo degli impianti previsti per lo svolgimento delle attività, hanno durata di sei anni. Alla scadenza si rinnovano automaticamente per altri sei anni e così successivamente ad ogni scadenza*".

Prima della novella, invece, l'art. 1 comma 2 in esame fissava in 4 anni la durata delle concessioni balneari, a meno che gli interessati non avessero espressamente richiesto una diversa durata. Successivamente, il legislatore è nuovamente intervenuto con la legge n. 296 del 2006 (c.d. Legge Finanziaria 2007) modificando l'art. 3 del d.l. n. 400 del 1993 e prevedendo che le concessioni demaniali marittime dovessero avere una durata non inferiore ai 6 e non superiore ai 20 anni "*in ragione dell'entità e della rilevanza economica delle opere da realizzare e sulla base dei piani di utilizzazione delle aree del demanio marittimo predisposti dalle regioni*".

Era evidente quindi come il sistema normativo italiano, basato sul diritto di insistenza e sul rinnovo automatico delle concessioni, confliggesse de plano con la normativa europea e, in particolare, con l'art. 12, paragrafi 1 e 2, della Direttiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 (cd. Direttiva Bolkeistein)[35].

Il legislatore, tuttavia, si è preoccupato soltanto di eliminare dal nostro ordinamento il diritto di insistenza del concessionario uscente, continuando invece ad intervenire con ripetute misure di proroga. Più precisamente nel 2009 era stata disposta una proroga delle concessioni in essere sino al 31 dicembre 2015 che nel 2012, con il d.l. n. 179, era stata estesa al 31 dicembre 2020. Successivamente, nel 2018, con la l. n. 145 del 30 dicembre 2018 (cd. legge di bilancio 2019), all'art. 1, comma 682, la durata delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative veniva estesa fino al 2033[36].

Da ultimo, è intervenuto sul tema il d.l. n. 34 del 2020 (convertito nella l. n. 77/2020),

[34] Si consideri, peraltro, che l'attrattiva economica delle concessioni in esame è aumentata dalla possibilità di ricorrere alla sub-concessione. L'articolo 45-*bis* cod. nav. consente infatti al concessionario, previa autorizzazione dell'autorità competente, di affidare ad altri soggetti la gestione delle attività oggetto della concessione (o di attività secondarie nell'ambito della concessione stessa).

[35] G. Berardis, *La direttiva generale in materia di servizi*, in F. Bestagno, L.G. Radicati Di Bronzolo (a cura di), Il *Mercato unico dei servizi*, Milano, 2007, 3.

[36] V. il contributo di L. Visone, *La proroga ope legis delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico ricreativo*, in <www.treccani.it>, 20 dicembre 2019.

ISSN 2036-7821

c.d. Decreto Rilancio, con cui il Governo, oltre a ribadire la proroga delle concessioni balneari in essere sino al 2033, ha previsto all'art. 182, comma 2, la sospensione dei procedimenti amministrativi volti alla nuova assegnazione delle concessioni demaniali marittime o alla riacquisizione al patrimonio pubblico delle aree demaniali sino al termine previsto dalla legge di bilancio 2019.
Quest'ulteriore proroga legislativa della durata delle concessioni balneari, oltre a suscitare parecchie critiche, non è passata inosservata davanti alla Commissione UE che, come era ragionevole aspettarsi, ha inviato all'Italia il 3 dicembre 2020 una nuova lettera di messa in mora, contestando la violazione dell'art. 49 TFUE e dell'art. 12 della direttiva servizi[37].

4.1 La natura giuridica delle concessioni demaniali marittime alla luce della direttiva Bolkestein.
L'ordinamento europeo ha assunto, con riferimento alla *querelle* relativa alla natura giuridica delle concessioni, una decisa presa di posizione, affermandone la loro natura contrattuale[38].
A questo punto, però, non ci si può esimere dal chiedersi se la concessione di matrice europea possa essere sussunta nella concessione di stampo nazionale quale *species at genus* o se invece la stessa sia destinata ad assorbire tutti gli analoghi istituti di diritto interno. Sul punto, viene sicuramente in rilievo la direttiva 2006/123/CE, trasposta in Italia con il d.lgs. n. 59 del 26 marzo 2010. Quest'ultima, in particolare, ha innanzitutto previsto che l'istituzione o il mantenimento di regimi autorizzatori o concessori può essere giustificato solo dalla sussistenza di un motivo imperativo di interesse generale, tra quelli indicati nella direttiva stessa, e purché il regime che regolamenta l'accesso al mercato di riferimento incida sulle libertà comunitarie in modo proporzionale all'obiettivo avuto di mira[39].
In secondo luogo, poi, ed è questo quello che rileva maggiormente ai nostri fini, sembrerebbe aver introdotto una nozione omnicomprensiva di "autorizzazione", suscettibile quindi di includere – oltre alle autorizzazioni in senso stretto – anche licenze, concessioni e approvazioni. Detto altrimenti, con la direttiva servizi e con il

[37] Nella lettera si legge che "*La Commissione ritiene che la normativa italiana, oltre a essere incompatibile con il diritto dell'UE, sia in contrasto con la sostanza della sentenza della CGUE sopra menzionata e crei incertezza giuridica per i servizi turistici balneari, scoraggi gli investimenti in un settore fondamentale per l'economia italiana e già duramente colpito dalla pandemia di coronavirus, causando nel contempo una perdita di reddito potenzialmente significativa per le autorità locali italiane*".

[38] Per completezza, tuttavia, si deve segnalare che la Comunicazione interpretativa sulle concessioni del 29 aprile 2000 (Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario 2000/C 121/02, in www. eur-lex.europa.eu) dimostrava una certa cautela in merito, parlando di "*ogni atto dello Stato, contrattuale o unilaterale, che stabilisca le condizioni alle quali è soggetta una prestazione di attività economiche* […]", facendo riferimento agli "*atti riconducibili allo Stato per mezzo dei quali un'autorità pubblica affida a un soggetto, vuoi con un atto contrattuale, vuoi con un atto unilaterale che abbia ricevuto il consenso di tale soggetto* […]".

[39] Garofoli, op.cit, p. 922

ISSN 2036-7821

relativo decreto di attuazione si è andata a superare la distinzione imposta dal diritto nazionale tra autorizzazione e concessione. Per "regime di autorizzazione", infatti, in base a quanto previsto dall'art. 4 della direttiva in esame, si deve intendere "*qualsiasi procedura che obbliga un prestatore o un destinatario a rivolgersi ad un'autorità competente allo scopo di ottenere una decisione formale o una decisione implicita relativa all'accesso ad un'attività di servizio o al suo esercizio*".

A venire in rilievo in materia di concessioni demaniali marittime è però soprattutto l'art. 12 della medesima direttiva, il quale prescrive, al paragrafo 1, lo svolgimento di procedure imparziali e trasparenti qualora "*il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili*". Al paragrafo 2, poi, si puntualizza che l'autorizzazione deve essere rilasciata per una durata limitata adeguata e che la stessa non può né prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestare abbiano particolari legami. Dello stesso tenore, del resto, è l'art. 16 del d.lgs n. 59 del 2010, con cui il legislatore, all'indomani della soppressione del diritto di insistenza, si dichiarava pronto ad uniformarsi alla normativa europea.

Alla luce del quadro normativo appena delineato, sembrerebbe che le concessioni demaniali marittime rientrino nel *genus* delle autorizzazioni e, più precisamente, nella *species* di quelle relative allo svolgimento di attività che richiedano l'utilizzo di risorse scarse. Tale assunto sembrerebbe essere confermato dallo stesso considerando 57 della direttiva, il quale riconduce alla disciplina degli appalti pubblici solo la conclusione di contratti per la prestazione di un servizio particolare. Del resto, come osservato in dottrina[40], nel caso delle concessioni balneari oggetto del rapporto concessorio non è né la fornitura di un servizio né la costruzione di una infrastruttura, quanto piuttosto la gestione di un bene, nonostante alla fine quest'ultima attività finisca per implicare anche le prime.

4.2 La giurisprudenza europea e il caso Promoimpresa.

Con la legge n. 217 del 2011 (c.d. legge comunitaria per il 2010) il legislatore aveva cercato di risolvere il problema delle concessioni balneari delegando al Governo il riordino della materia. Più precisamente il Governo, entro 15 mesi dalla data in vigore della legge, in ossequio ai principi e criteri direttivi indicati all'art. 11, avrebbe dovuto operare la revisione e il riordino della legislazione relativa alle concessioni demaniali marittime.

Tra i principi e i criteri direttivi vi erano quelli che imponevano l'individuazione: a) di un termine minimo e massimo di durata; b) di criteri e modalità di affidamento

[40] M. Conticelli, *Il regime del demanio marittimo in concessione per finalità turistico-ricreative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, fasc.4, 1 dicembre 2020, p. 1069

ISSN 2036-7821

rispettosi dei principi di concorrenza e di libertà di stabilimento; c) di criteri per l'equo indennizzo del concessionario nei casi di revoca della concessione demaniale; d) delle ipotesi di costituzione del titolo di uso o di utilizzo delle aree del demanio marittimo; e) dei criteri per l'eventuale dichiarazione di decadenza delle concessioni, nonché criteri e modalità per il subingresso in caso di vendita o di affitto delle aziende. Tuttavia, nonostante i buoni propositi, la delega rimase inattuata e anzi, come anticipato sopra, con il d.l. 179 del 2012 fu disposta una nuova proroga dele concessioni fino al 31 dicembre 2020.

Conseguentemente, i giudici italiani iniziarono a domandarsi della legittimità di un tale operato e, nel 2016[41], sollevarono davanti alla Corte di Giustizia il quesito pregiudiziale sulla compatibilità di siffatta proroga con il diritto europeo e, in particolare, con gli artt. 49, 56 e 106 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 123/2006/CE. I Tribunali amministrativi regionali, infatti, iniziarono a mostrarsi parecchio critici verso l'impianto normativo predisposto dal legislatore italiano, sottolineando come a causa della perdurante vigenza delle disposizioni incriminate si finisse nella sostanza per continuare a "*consentire e riconoscere un sostanziale diritto di insistenza sulle concessioni demaniali marittime in essere*"[42].

Tali considerazioni critiche, del resto, finiranno poi per essere fatte proprie dall'Avvocato generale Maciej Szpunar il quale, nel prendere posizione sulla vicenda, non avrà dubbi nel ritenere incompatibile con il diritto dell'Unione il sistema di diritto interno basato sul rinnovo automatico. Quest'ultimo in particolare, dopo aver scartato la tesi dei ricorrenti secondo cui le concessioni demaniali marittime devono essere considerate alla stregua di locazioni commerciali, si sofferma sulla distinzione con le concessioni di servizi. Si tratta di una questione di estremo rilievo, posto che, in linea di principio, qualora si qualifichino le concessioni demaniali marittime in termini di "concessioni di servizi", esse rientrerebbero nell'ambito di applicazione della normativa sugli appalti pubblici[43]. Ad avviso dell'Avvocato generale, affinché un atto possa rientrare nella nozione di "concessione di servizi", è necessario il rispetto di due requisiti ovvero che la prestazione di servizi sia assoggettata al rispetto di specifici requisiti fissati dall'amministrazione aggiudicatrice e che il concessionario sia obbligato a prestare il servizio determinato, non potendovi rinunciare. Non rientrerebbero, invece, nella nozione di concessione le autorizzazioni e le licenze per le quali l'operatore economico rimane libero di recedere dalla fornitura di lavori e servizi, come del resto si evincerebbe dal considerando 14 della direttiva 2014/23[44].

[41] T.a.r. Lombardia-Milano, sez. IV, 26 settembre 2014, n. 2401 nonché T.a.r. Sardegna, sez. I, 28 gennaio 2015, n. 224

[42] T.a.r. Sardegna, sez. I, 28 gennaio 2015, n. 224, punto 27.

[43] Cfr. paragrafo 57 delle Conclusioni

[44] Cfr. paragrafo 64 delle Conclusioni

ISSN 2036-7821

Le concessioni demaniali marittime quindi, poiché hanno ad oggetto non già la prestazione di servizi determinati dall'ente aggiudicatore, bensì l'esercizio di attività economiche turistico-ricreative all'interno di una zona balneare che implica l'utilizzo esclusivo del demanio pubblico, rientrerebbero nell'ambito di applicazione della direttiva servizi. Tale *discrimen*, tuttavia, finisce alla fine per perdere rilevanza, posto che secondo l'Avvocato Generale anche qualora dovessero ritenersi applicabili le disposizioni previste in materia di appalti dovranno comunque applicarsi le regole fondamentali del Trattato e i principi che ne derivano, i quali peraltro finiscono per essere sostanzialmente analoghi a quelli previsti dalla direttiva servizi, posto che in ogni caso si tratterebbe di attività avente un interesse transfrontaliero certo. Una volta accertata l'applicabilità della direttiva Bolkestein, l'Avvocato generale si sofferma sull'interpretazione dell'art. 12, sostenendo l'incompatibilità con lo stesso delle disposizioni nazionali che prevedono una proroga automatica delle concessioni balneari in essere. Infatti, se da un lato è vero che l'art. 12, paragrafo 3, della direttiva 2006/123/CE prevede che gli Stati membri possono tenere in considerazione "motivi imperativi di interesse generale" nello stabilire le regole della procedura di selezione dei beneficiari, dall'altro è anche vero che tale disposizione non consente agli stessi dall'esimersi dall'organizzare siffatta procedura.
La Corte di Giustizia, sulla scia di tali conclusioni, ha sancito con sentenza del 14 luglio 2016 – in cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa* – l'incompatibilità per contrasto con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 123/2006/CE delle disposizioni legislative nazionali che consentivano una proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricettive[45]. Innanzitutto, la Corte si sofferma sulla natura di tali concessioni, qualificandole come delle vere e proprie autorizzazioni ai sensi della direttiva Bolkestein, in quanto le stesse non riguardano la prestazione di servizi, bensì l'autorizzazione all'esercizio di un'attività di carattere economico su un bene demaniale[46].

[45] Tra i commenti alla sentenza, v. E. Boscolo, *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime*, in *Urb. e appalti*, 2016, 121; G. Bellitti, *La direttiva Bolkenstein e le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali*, in *Giornale dir. amm.*, 2017, 62; E. Cogo, *Le concessioni demaniali marittime e lacuali per finalità turistico ricreative Corte di giustizia 14 luglio 2016 in causa C-458/2014*, in *www.ilnuovodirittoammini-strativo.it*; F. Sanchini, *Le concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo tra meccanismi normativi di proroga e tutela dei principi europei di libera competizione economica: profili evolutivi alla luce della pronuncia della Corte di giustizia resa sul caso Promoimpresa-Melis*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2, 2016; F. Ferraro, *Diritto dell'unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'adunanza plenaria?*, in *La proroga delle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze 17 e 18 dell'Adunanza Plenaria*, p. 359 ss.

[46] Corte di giustizia, sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, punto 48, over si afferma che "un'interpretazione siffatta è inoltre corroborata dal considerando 15 della direttiva 2014/23. Quest'ultimo precisa infatti 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, mediante i quali lo Stato fissa unicamente le condizioni generali d'uso dei beni o delle risorse in questione, senza acquisire lavori o servizi, non dovrebbero configurarsi come "concessione di servizi" ai sensi di tale direttiva".

ISSN 2036-7821

In secondo luogo, la Corte sottolinea come ai fini dell'applicazione della direttiva servizi spetti al giudice nazionale verificare se le concessioni demaniali marittime devono essere oggetto di un numero limitato di autorizzazioni per via della scarsità delle risorse naturali[47].

Quanto all'applicazione dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, i giudici di Lussemburgo non tardano ad uniformarsi alle conclusioni dell'Avvocato generale, affermando il principio per cui una normativa nazionale che prevede un regime di proroga *ex lege* della data di scadenza delle autorizzazioni equivale ad un loro rinnovo automatico. In aggiunta, posto che il rilascio delle autorizzazioni relative allo sfruttamento del demanio marittimo deve avvenire all'esito di una procedura di selezione tra i potenziali candidati trasparente e imparziale, la Corte evidenzia come la proroga automatica di tali autorizzazioni non consenta di organizzare una siffatta procedura di selezione.

Infatti, sebbene l'art. 12 della direttiva in questione consenta agli Stati membri di tenere conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di motivi imperativi di interesse generale, fra i quali vi potrebbe rientrare in astratto la tutela del legittimo affidamento dei titolari delle autorizzazioni di talché gli stessi possano ammortizzare gli investimenti effettuati, la Corte ritiene che tali considerazioni non possano comunque giustificare una proroga automatica qualora, al momento del rilascio iniziale dell'autorizzazione, non sia stata ancora organizzata alcuna procedura di selezione. Inoltre, come già rilevato dall'Avvocato generale, una giustificazione fondata sul principio dell'affidamento richiederebbe comunque una valutazione caso per caso, dovendosi dimostrare sia che il titolare dell'autorizzazione poteva legittimamente aspettarsi il rinnovo della propria autorizzazione, sia gli investimenti effettuati[48].

Successivamente, i giudici europei passano ad esaminare la seconda questione pregiudiziale, soffermandosi sull'eventualità che i giudici del rinvio ritengano non applicabile la direttiva servizi non riscontrando il carattere della "scarsità delle risorse".

Orbene, in questa seconda ipotesi, trattandosi di concessioni aventi per oggetto un diritto di stabilimento nell'area demaniale finalizzato allo sfruttamento economico per finalità turistico -ricreative, non potrà che trovare applicazione l'art. 49 T.F.U.E. Conseguentemente, qualora siffatta concessione presenti un interesse transfrontaliero certo, la sua assegnazione in assenza di una procedura trasparente non può che determinare una disparità di trattamento vietata dall'art. 49 T.F.U.E[49]. Al fine poi di poter meglio "guidare" il giudice nazionale nell'individuazione della sussistenza di

[47] Cfr. Corte di giustizia, sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, punto 43.
[48] Cfr. Corte di giustizia, sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, punto 56.
[49] Cfr. Corte di giustizia, sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, punto 65.

ISSN 2036-7821

un tale interesse, i giudici europei si sono preoccupati di enucleare una serie di criteri alla luce dei quali condurre tale indagine, consistenti essenzialmente nella capacità della commessa pubblica di generare un profitto[50].
La sentenza della Corte di Giustizia ha certamente il merito di aver chiarito definitivamente cosa debba intendersi per autorizzazione ai sensi della direttiva servizi, avendo interpretato tale nozione in maniera omnicomprensiva[51]e avendovi pertanto ricompreso anche le concessioni amministrative *strictu sensu* denominate. Non si può fare a meno di notare, tuttavia, come nonostante la chiarezza espositiva della Corte di Lussemburgo nell'affermare l'incompatibilità della prassi italiana con il diritto dell'unione, il legislatore italiano non abbia desistito dall'adottare ulteriori disposizioni volte a prorogare ancora una volta il termine di scadenza delle concessioni balneari in essere[52].

5. Il dictum delle Plenarie e le ricadute sul piano giuridico.
Da ultimo il Presidente del Consiglio di Stato, preso atto del perdurante contrasto tra le disposizioni nazionali e i principi europei e del conflitto tra i giudici amministrativi[53], ha rimesso[54] d'ufficio ex art. 99, comma 2, c.p.a talune questioni all'Adunanza Plenaria, chiedendo a quest'ultima di chiarire: 1) se sia doverosa, o no, la disapplicazione, da parte della Repubblica Italiana, delle leggi statali o regionali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative e, in caso di risposta affermativa, se tale attività spetti esclusivamente agli organi giurisdizionali o anche alle amministrazioni; 2) se, in conseguenza di tale obbligo disapplicativo, il provvedimento amministrativo che risulti contrario al diritto dell'Unione debba essere annullato d'ufficio dalla pubblica amministrazione ovvero sottoposto a riesame anche se coperto da giudicato; 3) se, in tale quadro, la proroga introdotta dall'art. 182, comma

[50] Cfr. Corte di giustizia, sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, punto 66, ove si afferma che "*Per quanto riguarda, anzitutto, l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, occorre ricordare che quest'ultimo deve essere valutato sulla base di tutti i criteri rilevanti, quali l'importanza economica dell'appalto, il luogo della sua esecuzione o le sue caratteristiche tecniche, tenendo conto delle caratteristiche proprie dell'appalto in questione*".

[51] Al riguardo, v. M.P. Chiti, *Le concessioni demaniali tra diritto europeo e codice dei contratti pubblici. Simmetrie ed asimmetrie,* in D. Granara (a cura di), *In litore maris. Poteri e diritti in fronte al mare*, Torino, Giappichelli, 193 ss., in particolare 198.

[52]Cfr, R. Mastroianni, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e le concessioni balneari: due passi avanti e uno indietro?*, in *eurojus*, 1, 2022.

[53] Cfr. Tar Puglia, Lecce, sez. I, 15 gennaio 2021, n. 73; Tar Puglia, Lecce, sez. I, 29 giugno 2021, n. 981; contra, Tar Sicilia, Catania, sez. III, 15 febbraio 2021, n. 504.

[54] Cfr. decreto n. 160 del 2021, con cui il Presidente del Consiglio di Stato ha ritenuto che la questione della disapplicazione delle proroghe legali costituisca "una questione di massima importanza"; Sul punto cfr. R. Mastroianni, *op. cit.*, il quale evidenzia che "*dall'analisi del Decreto emerge, in primo luogo, che nessun riferimento viene fatto alla necessità di "dirimere contrasti giurisprudenziali*". In effetti, quanto al merito della presenza di un conflitto tra le regole interne e quelle europee, è la stessa AP a ricordare che la conclusione raggiunta dalla Corte di giustizia nella sentenza Promoimpresa è stata "recepita da una copiosa giurisprudenza nazionale".

ISSN 2036-7821

2, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, come modificato dalla legge di conversione 17 luglio 2020, n. 77, non risulti inapplicabile per contrasto col diritto dell'Unione europea, cosa debba intendersi per "aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto". L'Adunanza Plenaria, con le sentenze gemelle n. 17 e 18 del 2021, nel confermare la ricostruzione operata dalla Corte di Giustizia nel caso Promoimpresa sopra menzionato, si è definitivamente pronunciata sulla *vaexata quaestio* sancendo: 1)l'obbligo di gara e la conseguente disapplicazione di tutte le disposizioni nazionali che prevedevano una proroga automatica della durata delle concessioni balneari, in quanto in contrasto con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE; 2) la decadenza automatica dei provvedimenti amministrativi di proroga senza necessità di un provvedimento di secondo grado da parte dell'amministrazione e ancorché venga in rilievo l'esistenza di un giudicato. In aggiunta il supremo Consesso della giustizia amministrativa, preso atto del significativo impatto socio economico che deriverebbe da una decadenza automatica di tutte le concessioni in essere e dei tempi tecnici richiesti alle amministrazioni al fine di predisporre le procedure di gara richieste, ha operato una particolare modulazione degli effetti della propria pronuncia, disponendo che le concessioni demaniali per finalità turistico-ricettive già in essere continuino ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023.
La rilevanza dell'intervento della Plenaria emerge non solo dal forte dibattito che ne è scaturito, ma anche dal fatto che lo stesso Governo si è astenuto dal prendere una posizione in merito - nelle more della decisione - in sede di predisposizione delle disposizioni in materia di concorrenza nell'ambito degli obblighi derivanti dal PNRR[55].
In via preliminare i giudici amministrativi si sono soffermati sull'applicabilità, nel caso di specie, dell'art. 49 TFUE e dell'art. 12 della direttiva Bolkestein. Infatti, sebbene si tratti dello stesso tema già vagliato dalla Corte di Giustizia nel caso Promoimpresa e risolto nel senso della loro piena applicabilità, da più parti si continuava a negare l'obbligo di evidenza pubblica per l'affidamento delle concessioni demaniali marittime. L'applicabilità dell'art. 49, infatti, veniva negata in base alla ritenuta insussistenza del requisito dell'interesse transfrontaliero certo. L'art. 12 della direttiva servizi, invece, veniva ritenuto non applicabile sotto un duplice punto di vista: da un lato, infatti, si sosteneva l'assenza della risorsa naturale scarsa (accertamento che, come si è avuto modo di vedere era stato domandato dalla Corte di Giustizia al giudice nazionale), dall'altro, invece, si escludeva la possibilità di ricondurre le concessioni demaniali marittime nelle autorizzazioni di cui alla direttiva 2006/123/CE, la quale peraltro veniva ritenuta non direttamente applicabile

[55] cfr. Ddl Concorrenza: dall'ambiente ai trasporti, tutte le misure. Salta la norma sui notai. Rinvio per balneari e ambulanti, in www.lastampa.it, 4 novembre 2021; M. Timo, *op. cit.*

ISSN 2036-7821

in quanto priva di quel livello di dettaglio e di specificità a tal fine necessario. Nessuna di queste obiezioni, tuttavia, è stata accolta dai giudici di palazzo Spada. Innanzitutto, con riferimento alla valutazione della sussistenza dell'interesse transfrontaliero, l'Adunanza Plenaria sembra compiere un accertamento "globale", adattando i criteri enucleati dalla giurisprudenza europea al settore delle concessioni balneari[56]. Si afferma, infatti, che l'oggetto di quest'ultime è costituito da un complesso di beni demaniali che, valutati unitariamente e complessivamente, costituiscono uno dei "patrimoni naturalistici" più rinomati e attrattivi del mondo. Il patrimonio costiero nazionale, pertanto, proprio in virtù delle sue caratteristiche (ubicazione, vocazione turistica, condizioni climatiche) costituisce senza dubbio oggetto di interesse transfrontaliero, che non può in alcun modo essere tenuto al riparo dalle regole della concorrenza e dell'evidenza pubblica.
Con riferimento invece alla ritenuta inapplicabilità dell'art. 12 della direttiva 20006/123/CE, si sottolinea in primo luogo come l'obiettivo di tale direttiva non fosse quello di "armonizzare" le discipline nazionali in un determinato settore, quanto piuttosto quello dell'eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione dei prestatori. In secondo luogo, poi, l'Adunanza Plenaria avalla la giurisprudenza europea, ormai ampiamente consolidata, con riferimento alla qualificazione delle concessioni demaniali marittime in termini di "autorizzazioni" ai sensi della direttiva servizi. Infatti, a prescindere dalla loro qualificazione giuridica-formale, tali provvedimenti si caratterizzano per il procurare ai loro titolari "*vantaggi economicamente rilevanti in grado di incidere sensibilmente sull'assetto concorrenziale del mercato e sulla libera circolazione dei servizi*"[57]e, di conseguenza, devono essere assegnati tramite gara.
Quanto alla ritenuta insussistenza del requisito della scarsità naturale, l'Adunanza Plenaria interpreta quest'ultimo in termini relativi, non già assoluti, tenendo in considerazione sia la quantità del bene disponibile che i suoi aspetti qualitativi. Sotto quest'ultimo profilo, quindi, le coste italiane sarebbero "scarse" in quanto desiderabili da una pluralità di operatori economici in virtù della loro rilevanza turistica[58]. Da un punto di vista quantitativo, invece, la valutazione della scarsità della risorsa dipende dalla concreta disponibilità di aree ulteriori rispetto a quelle già oggetto di concessione. Orbene nel nostro paese, sottolineano i giudici amministrativi, quasi il 50% delle coste sabbiose è occupato da stabilimenti balneari, con picchi che in alcune Regioni (come Liguria, Emilia-Romagna e Campania) arrivano quasi al 70%, senza considerare che, in molte di esse è previsto un limite quantitativo massimo di costa che può essere oggetto di concessione, che nella maggior parte dei casi coincide con quella già assegnata. Appare evidente, dunque,

[56] M. Timo, *op. cit.*
[57] Cfr. Adunanza plenaria n. 17 del 2021
[58] A. Giannelli, G. Tropea, *op. cit.*

ISSN 2036-7821

come le aree attualmente date in concessione agli operatori economici risultino essere connotate dal requisito della scarsità, "*ancor più pronunciata se si considera l'ambito territoriale del comune concedente o comunque se si prendono a riferimento porzioni di costa ridotte rispetto alla complessiva estensione delle coste italiane*"[59].
Parimenti infondata, poi, sarebbe secondo l'Adunanza Plenaria la tesi volta a negare il carattere "*self-executing*" della direttiva servizi[60]. Quest'ultima, invero, viene data quasi per scontata, laddove i giudici riconducono livello di dettaglio necessario affinché la direttiva possa dirsi direttamente applicabile al risultato da quest'ultima perseguito. Nessuna indagine viene infatti compiuta sulla natura delle disposizioni in essa contenute, le quali per essere considerate direttamente applicabili non solo dovrebbero essere "sufficientemente chiare, precise e condizionate", ma dovrebbero altresì non contenere obblighi a carico dei singoli (c.d. effetto in *malam partem*)[61]. Alla luce di tali considerazioni, quindi, i giudici di palazzo Spada pervengono ad una disapplicazione generale di tutte le proroghe disposte non solo *ex lege* ma anche mediante provvedimenti amministrativi, in quanto ritenuti meramente ricognitivi di quest'ultima. Tuttavia, non si può fare a meno di notare come una simile disapplicazione appaia poco coerente con il *dictum* enunciato dalla Corte di Giustizia nel caso Promoimpresa, la quale auspicava più che altro una valutazione case by case.
Chiariti questi aspetti, l'Adunanza Plenaria passa poi ad esaminare gli altri quesiti, giungendo ad estendere l'obbligo di disapplicazione della legge in contrasto con il diritto dell'Unione anche all'apparato amministrativo, richiamando in particolare alcuni orientamenti della giurisprudenza interna[62] ed europea[63].
Non è stata quindi accolta la tesi – seppur suggestiva – prospettata dal TAR Lecce, secondo il quale il carattere eccezionale della direttiva *self executing* richiederebbe una complessa attività interpretativa che, ove rimessa ai singoli organi amministrativi, "*rischierebbe di legittimare non applicazioni della legge nazionale affidate a valutazioni soggettive ed opinabili del singolo funzionario, prive di riscontro in sede di giurisprudenza nazionale o europea*"[64].
Nel caso di specie, infatti, la natura *self executing* della direttiva servizi era stata già affermata dalla Corte di Giustizia nel caso Promoimpresa, a cui peraltro aveva fatto seguito una copiosa giurisprudenza nazionale.
A nulla rileverebbe, poi, la distinzione tra regolamenti (per loro natura direttamente applicabili) e direttive, le quali in linea di principio non possono produrre effetti

[59] Cons. St., ad. plen., 9 novembre 2021, n. 17-18, punto 18.
[60] Cons. St., ad. plen., 9 novembre 2021, n. 17-18, punto 26
[61] Cfr. G. STROZZI - R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea*, VIII ed., Giappichelli, 2020, p. 303 ss.
[62] Corte cost., 11 luglio 1989 n. 389, e Cons. Stato, Sez. V, 6 aprile 1991 n. 452.
[63] CGUE, 22 giugno 1989, in C-103/88.
[64] Cons. St., ad. plen., 9 novembre 2021, n. 17-18, punto 33.

ISSN 2036-7821

diretti a meno che non siano direttamente applicabili. Diversamente opinando, infatti, si rischierebbe di creare artificiosamente una inedita categoria di norme europee direttamente applicabili – nei rapporti verticali – solo dal giudice e non anche dalla pubblica amministrazione, con un parziale disconoscimento dell'effetto utile. Inoltre, si finirebbe per costringere l'amministrazione ad adottare un atto illegittimo, destinato ad essere successivamente annullato in sede giurisdizionale e col rischio che, in caso di mancata impugnazione, tale violazione finisca ingiustificatamente per consolidarsi.

Sul punto, tuttavia, non possono non evidenziarsi alcune perplessità. La diretta applicabilità di una direttiva europea presuppone infatti non solo che la stessa debba essere "sufficientemente precisa, chiara e incondizionata", ma soprattutto che non vi siano profili di discrezionalità rimessi al legislatore nazionale in sede di recepimento e che lo Stato si sia dimostri inadempiente nel recepirla. Nel caso di specie, invero, tutto ciò non sembra essere avvenuto, in quanto la direttiva servizi è stata recepita nell'ordinamento interno con il d.lgs. n. 59 del 2010, il quale, all'art.16, riprende testualmente i contenuti dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE. Il conflitto quindi sembrerebbe essere non tanto tra l'art. 12 e le disposizioni nazionali di proroga, quanto piuttosto tra quest'ultime e la normativa italiana di recepimento della direttiva Bolkestein[65].

Una volta chiarito che l'obbligo della disapplicazione della normativa nazionale contrastante con una direttiva *self executing* grava anche sull'amministrazione, l'Adunanza Plenaria si sofferma sul relativo dovere dell'apparato amministrativo di annullare d'ufficio o comunque di riesaminare, ai sensi dell'art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990, il provvedimento amministrativo emanato in contrasto con il diritto dell'unione, chiedendosi in particolare se a ciò possa ostare un giudicato favorevole intervenuto sul provvedimento medesimo.

Per rispondere a tale quesito, i giudici amministrativi prendono le mosse dalla qualificazione dell'atto di proroga, qualificando quest'ultimo alla stregua di una legge provvedimento poiché atto meramente ricognitivo[66] di un effetto prodotto automaticamente dalla legge e quindi alla stessa direttamente riconducibile. Tale

[65] Cfr. A. Giannelli, G. Tropea, *op. cit.*, secondo cui "il conflitto tra la norma nazionale del 2010 e le successive proroghe legislative […] dovrebbe indurre a riflettere sul proliferante rischio delle leggi provvedimento. È chiaro, infatti, che la proroga disposta in via amministrativa avrebbe scontato un evidente vizio di legittimità, per palese violazione della norma nazionale di recepimento della direttiva. La scelta di disporre la proroga *ex lege* garantisce, invece, alla decisione (sostanzialmente amministrativa ma formalmente legislativa) una peculiare stabilità, che è il frutto (avvelenato) dell'abrogazione derivante dalla successione delle leggi nel tempo. Sotto questo profilo merita, dunque, di essere ancora una volta messa in discussione la legittimità costituzionale delle c.d. leggi provvedimento, i cui profili di contrarietà rispetto al principio costituzionale del diritto alla difesa risiedono non solo nell'assenza di percorsi di impugnabilità diretta della decisione formalmente legislativa, ma anche nella "immunizzazione" della decisione dal vizio della violazione di legge.

[66] Cons. St., sez. VI, 18 novembre 2019 n. 7874

ISSN 2036-7821

atto, infatti, intervenendo su un numero delimitato di situazioni concrete, recepisce e "legifica", prorogandone il termine, le concessioni demaniali già rilasciate[67]. Ne deriva allora che "*se la proroga è direttamente disposta per legge ma la relativa norma che la prevede non poteva e non può essere applicata perché in contrasto con il diritto dell'Unione, ne discende, allora, che l'effetto della proroga deve considerarsi tamquam non esset, come se non si fosse mai prodotto*"[68]. Di conseguenza, l'amministrazione non deve esercitare alcun potere di autotutela in quanto, se l'effetto autoritativo è prodotto dalla legge – avente l'atto adottato dall'amministrazione una funzione meramente ricognitiva – la non applicabilità di quest'ultima impedisce il prodursi dell'effetto autoritativo della proroga.

Né dirimente in tal senso potrebbe essere, secondo la Plenaria, l'intervento di un giudicato favorevole al concessionario, in quanto quest'ultimo, incidendo su un rapporto di durata, è comunque esposto alle sopravvenienze normative a cui è equiparabile, per l'appunto, una sentenza interpretativa della Corte di Giustizia. Anche quest'ultime considerazioni, tuttavia, si apprestano a notevoli critiche, soprattutto laddove sembrano palesare una contraddittorietà intrinseca della motivazione. Infatti, come ben evidenziato, la qualificazione dei provvedimenti di proroga in termini di atti meramente ricognitivi – privi di autonoma efficacia – comporterebbe la loro non impugnabilità, il che avrebbe dovuto implicare, nel caso di specie, una pronuncia di rito ovvero di inammissibilità del ricorso[69]. Tale conclusione, inoltre, si pone in palese contrasto con quanto affermato nella medesima pronuncia con riferimento all'obbligo di disapplicazione – gravante sull'amministrazione – del provvedimento di proroga contrastante con il diritto dell'unione. Appare difficile, invero, negare efficacia costitutiva ai provvedimenti amministrativi con cui la pubblica amministrazione, decidendo se disapplicare o meno le disposizioni nazionali contrarie alla direttiva *self executing*, decida di concedere ovvero di negare la proroga al concessionario uscente. Quanto infine alla controversa modulazione degli effetti[70], posticipati come anticipato al 1 gennaio 2024[71], non può farsi a meno di evidenziare – in senso critico – come questo rinnovato

[67] Cons. St., ad. plen., 9 novembre 2021, n. 17-18, punto 42
[68] Cons. St., ad. plen., 9 novembre 2021, n. 17-18, punto 43
[69] Cfr. A. Giannelli, G. Tropea, *op. cit*.
[70] A cui l'Adunanza Plenaria perviene applicando i principi già espressi nella sentenza n. 13 del 2017, ove si afferma che la suddetta modulazione degli effetti può essere ammessa allorquando vi sia "*il rischio di ripercussioni economiche o sociali gravi, dovute, in particolare, all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base di una diversa interpretazione normativa sempre che risulti che i destinatari del precetto erano stati indotti ad un comportamento non conforme alla normativa in ragione di una obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni*".
[71] Tale intervallo di tempo viene ritenuto congruo dai giudici amministrativi sotto un duplice aspetto: da un lato in considerazione del tempo necessario per organizzare l'affidamento, tramite gara, delle concessioni demaniali marittime, dall'altro in quanto consentirebbe al Governo e al Parlamento di approvare una normativa che possa finalmente riordinare la materia.

ISSN 2036-7821

uso della funzione nomofilattica finisca non soltanto per degenerare in una inammissibile sostituzione al legislatore, ma anche in qualche maniera per avvicinare il ruolo del Consiglio di Stato a quello, ben diverso, della Corte Costituzionale. Non a caso, la pronuncia in esame, è stata da taluni definita come una "inedita sentenza di monito"[72], tipologia ampiamente utilizzata nella giurisprudenza costituzionale ma che non si ritiene possa essere ricompresa tra le attribuzioni di un giudice di legittimità, neppure in sede nomofilattica.

Peraltro, non può non suscitare perplessità il fatto che la stessa Adunanza Plenaria, dopo aver ripetutamente dichiarato incompatibile con il diritto dell'Unione le disposizioni nazionali di proroga giunga anch'essa a disporre – con la suddetta modulazione degli effetti – un'ulteriore proroga (sebbene più breve di quelle disposte in passato in via legislativa) ponendosi così essa stessa in contrasto con il *dictum* dei giudici europei nella sentenza Promoimpresa.

Nella pronuncia in esame i giudici amministrativi – assunte le vesti del Legislatore – si sono fatti carico di una responsabilità di cui in realtà si sarebbe dovuto far carico il decisore politico.

La sensazione, tuttavia, è quella che l'operato del Consiglio di Stato, seppur ispirato dal notevole intento di garantire la certezza del diritto e di colmare un vuoto normativo causato dall'inerzia del legislatore, sia sfociato in una vera e propria opera di creazionismo normativo, finendo per alterare gli equilibri costituzionali dell'ordinamento.

Sintomatico, in tal senso, è uno degli ultimi passaggi della pronuncia, laddove i giudici affermano "*che eventuali proroghe legislative del termine così individuato (al pari di ogni disciplina comunque diretta a eludere gli obblighi comunitari) dovranno naturalmente considerarsi in contrasto con il diritto dell'Unione e, pertanto, immediatamente non applicabili ad opera non solo del giudice, ma di qualsiasi organo amministrativo, doverosamente legittimato a considerare, da quel momento, tamquamnon esset le concessioni in essere.*"[73]

6. Disapplicazione della legge anti-comunitaria e responsabilità penale dei concessionari demaniali: una divergenza di opinioni.

L'Adunanza Plenaria, nelle due sentenze gemelle sopra citate, si preoccupa di tranquillizzare il lettore sulle possibili ripercussioni che le proprie pronunce potrebbero avere sul piano della responsabilità penale dei concessionari demaniali. Per alcuni, infatti, venute meno le proroghe *ex lege*, i concessionari demaniali si troverebbero privi di titolo legittimante l'occupazione del suolo demaniale, così incorrendo nel reato di occupazione abusiva di spazio demaniale marittimo previsto

[72] M. timo, *op. cit.*; M. A. Sandulli, *op. cit.*

[73] Cfr. Cons. St., ad. plen., 9 novembre 2021, n. 17-18, punto 48

ISSN 2036-7821

dall'art. 1161 cod. nav.
Secondo i giudici di palazzo Spada, invece, tale timore è privo di fondamento, atteso che ad una simile conclusione ostano incondizionatamente i principi costituzionali di riserva di legge statale e di irretroattività della legge penale. Detti principi infatti – come riconosciuto più volte anche dalla stessa Corte di Giustizia – fanno parte delle tradizioni costituzionali degli stati membri e come tali sono parte integrante dello stesso ordinamento comunitario. Di conseguenza, sostiene l'Adunanza Plenaria, la descritta operazione di non applicazione della legge anticomunitaria non può in alcun modo avere conseguenze in punto di responsabilità penale, in quanto il diritto dell'unione non può mai produrre effetti penali diretti *in malam partem*[74].
Di diverso avviso è, invece, la giurisprudenza penale della Suprema Corte di Cassazione. Già nel 2019 infatti, ovvero due anni prima che si pronunciasse l'Adunanza Plenaria, i giudici di legittimità avevano ritenuto che, ai fini dell'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 Cost., comma 1, per contrasto con i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario in tema di diritto di stabilimento e di tutela della concorrenza [75].
Inoltre, secondo la Corte, le disposizioni di proroga previste dall'art. 1, comma 18, del d.l. n. 194 del 30 dicembre 2009 riguarderebbero esclusivamente le concessioni sorte dopo la legge 88 del 2001, e comunque valide a prescindere dalla proroga automatica di cui al d.l. n. 400 del 1993, e non anche per i provvedimenti adottati prima di tale data[76].
La proroga legale sino al 31 dicembre 2020, quindi, non avrebbe potuto operare automaticamente, richiedendo al contrario una espressa istanza da parte del concessionario ed un provvedimento espresso da parte del Comune previa necessaria verifica, non solo della esistenza a monte di un titolo valido, ma anche del permanere dei requisiti in capo al concessionario.

---

[74] Cfr. Cons. St., ad. plen., 9 novembre 2021, n. 17-18, punto 37

[75] Tale assunto, in realtà, si è andato consolidando nella giurisprudenza europea nel corso degli anni. Sul punto, cfr. Sez. III, n. 7267 del 09 gennaio 2014; Sez. III, n. 21281 del 16 marzo 2018.

[76] Più precisamente, i giudici di legittimità sono giunti a tale conclusione richiamando quanto affermato dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 213 del 18 luglio 2011, la quale aveva rilevato che l'art. 1, comma 18, del d.l. n. 194 del 2009 *"ha carattere transitorio in attesa della revisione della legislazione in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi da realizzarsi, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento, sulla base di una intesa da raggiungere in sede di Conferenza Stato - Regioni, nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di garanzia dell'esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti, nonché in funzione del superamento del diritto di insistenza di cui al citato art. 37 c.n., comma 2. La finalità del legislatore è stata, dunque, quella di rispettare gli obblighi comunitari in materia di libera concorrenza e di consentire ai titolari di stabilimenti balneari di completare l'ammortamento degli investimenti nelle more del riordino della materia, da definire in sede di Conferenza Stato-Regioni"*.

ISSN 2036-7821

Secondo i giudici di piazza Cavour tale soluzione interpretativa non darebbe luogo ad "*una questione di applicazione in malam partem della normativa comunitaria, non potendosi ipotizzare nè una violazione del principio di legalità, non vertendosi in ipotesi di introduzione di una fattispecie criminosa non prevista, nè di tassatività, essendo la norma penale incriminatrice completa nei suoi aspetti essenziali*"[77].

Di recente, la Suprema Corte di Cassazione è nuovamente intervenuta sul punto con una pronuncia, la n. 15676 del 22 aprile 2022, appartenente al medesimo filone di quella del 2019 sopra citata in quanto entrambe le sentenze traggono origine da medesima vicenda, ovvero da un provvedimento di sequestro preventivo su un tratto di arenile occupato da uno stabilimento balneare fondato sulla ritenuta sussistenza del reato di cui all'art. 1161 cod. nav.

Attraverso tale pronuncia i giudici di legittimità si sono soffermati su diverse questioni spinose e, in particolare, sugli effetti sul piano della responsabilità penale di quanto affermato con le Adunanze plenarie n. 17 e 18 del 2021.

Innanzitutto, la Corte ha ribadito ancora una volta che la proroga introdotta con il d.l. n. 194 del 2009 si applica solo alle concessioni "nuove". Di conseguenza, qualora il termine di efficacia della concessione sia già scaduto al momento di entrata in vigore di tale decreto, come è avvenuto nel caso di specie, la proroga delle concessioni demaniali in essere *rectius* la particolare modulazione degli effetti disposta dall'Adunanza Plenaria non potrà operare. Né alla stessa può essere attribuita valenza di elemento nuovo idoneo a superare la preclusione endoprocessuale determinatasi – nel caso *de qua* – dal giudicato cautelare. Detto altrimenti, la presa di posizione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, che pur bocciando il regime di proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere perché contrario al diritto comunitario ha rinviato al 31 dicembre 2023 la disapplicazione della normativa nazionale di proroga, produce effetti solo rispetto alle concessioni che hanno beneficiato di tali proroghe e non anche per quelle il cui termine sia già scaduto al momento di entrata in vigore del d.l. n. 194 del 2009.

Tale opzione ermeneutica, invero, è stata da taluni[78] criticata, in quanto ritenuta in contrasto con il principio enunciato dalle Sezioni Unite[79] in virtù del quale "*non è possibile che dalla disapplicazione di una norma interna per effetto del contrasto con la normativa comunitaria, sulla base del principio di preminenza del diritto comunitario, possano conseguire effetti pregiudizievoli per l'imputato*". Peraltro, secondo la stessa Corte

[77] Cfr. Cass. pen. n. 25993 del 6 marzo 2019, paragrafo 8. Sul punto, vedi G. Tropea, *Concessioni balneari e diritto europeo: nuovi "lati oscuri" della disapplicazione del giudice penale (nota a Cass. pen., sez. III, 12 giugno 2019, n. 25993)* in *Dirittifondamentali.it* - Fascicolo 1/2020.

[78] Sul punto vedi P. Otranto, *Illegittima proroga ex lege della concessione balneare e reato di "abusiva occupazione dello spazio demaniale". Cronaca di un finale annunciato (nota a Cass. pen. 22 aprile 2022, n. 15676)* in in *Giustiziainsieme.it*, 2022.

[79] Cfr. Cass. pen. Sez. Un. n. 22225 del 2012

ISSN 2036-7821

di giustizia, l'obbligo di interpretazione conforme non può giungere sino al punto che una direttiva, di per sé e indipendentemente da una legge nazionale di trasposizione, crei obblighi per i singoli ovvero determini o aggravi la responsabilità penale di coloro che trasgrediscono le sue disposizioni[80].
Sempre in senso critico, poi, si è evidenziato come la pronuncia in esame si ponga altresì in contrasto con il principio per cui gli effetti diretti di una direttiva non tempestivamente ovvero non correttamente trasposta possono essere fatti valere solo dal singolo nei confronti dello Stato (c.d. effetto diretto verticale)[81]. Tale riflessione, in realtà, non appare dirimente, soprattutto in considerazione del fatto che, come si è avuto modo di vedere, la direttiva servizi è stata trasposta nel nostro ordinamento con il d.lgs. n. 59 del 2010, il cui art. 16 riproduce pedissequamente il famigerato art. 12.
Quello che in verità più colpisce della pronuncia in esame non è tanto la ritenuta sussistenza dell'elemento oggettivo della fattispecie, quanto piuttosto la ritenuta sussistenza dell'elemento soggettivo. Più nel dettaglio secondo i giudici di legittimità, ai fini dell'esclusione dell'elemento soggettivo della colpa, non basta un comportamento meramente acquiescente dell'amministrazione, ma è necessario un fatto positivo di quest'ultima idoneo a determinare nel soggetto agente uno scusabile convincimento della liceità della condotta. In altri termini, la buona fede del concessionario non può essere desunta da un mero fatto negativo quale può essere l'acquiescenza della pubblica amministrazione nei suoi confronti.
Tale conclusione, tuttavia, non appare condivisibile, in quanto è innegabile che gli atti con cui le pubbliche amministrazioni hanno soventemente comunicato agli interessati le proroghe perfezionate a seguito delle riforme legislative possano aver ingenerato in quest'ultimi un legittimo affidamento. Forse, se l'Adunanza plenaria avesse attribuito a tali atti di proroga natura provvedimentale piuttosto che meramente ricognitiva, i profili di responsabilità penale del concessionario si sarebbero potuto attenuare valorizzando l'errore scusabile.
L'impressione, tuttavia, è che ancora una volta si sia cercato di scaricare ancora sui privati le colpe di un legislatore fin troppo inerte.

7. Riflessioni conclusive e prospettive di riforma.

Alla luce di questo lungo *excursus* normativo e giurisprudenziale, appare opportuno effettuare alcune considerazioni conclusive anche nell'ottica delle recenti prospettive di riforma.

[80] Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 5 luglio 2007, in causa C-321/05 Kofoed, paragrafo 45.
[81] Sul punto, cfr. E. Cannizzaro, Demanio Marittimo. *Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell'Ad. plen. del Consiglio di Stato*, 30 dicembre 2021.

ISSN 2036-7821

Il Parlamento infatti ha approvato in via definitiva lo scorso 2 agosto – dopo mesi di gestazione e lunghe discussioni interne alla maggioranza – il disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021[82], i cui articoli 3 e 4 sono dedicati alla riforma delle concessioni balneari che, come è noto, ha costituito uno dei temi più divisivi[83]. La legge per il mercato e la concorrenza nel 2021 (ovvero legge n. 118 del 5 agosto 2022) è stata pubblicata nella Gazzetta ufficiale del 12 agosto 2022 ed è stata emanata in attuazione sia dell'art. 117, secondo comma, lett. e), della Costituzione (il quale attribuisce alla competenza esclusiva dello Stato la materia della tutela della concorrenza), sia dell'art. 47 della legge n. 99 del 23 luglio 2009, che ha formalmente istituito la legge per la concorrenza nel nostro ordinamento. La legge in commento si compone di 36 articoli raccolti in 9 capi e, oltre a rappresentare una delle riforme indicate dal Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), è stata ricompresa – come peraltro indicato nella relazione di accompagnamento – tra i disegni di legge collegati alla manovra di bilancio 2022-2024. Il secondo capo della legge in esame, dedicato alla rimozione di barriere all'entrata dei mercati e ai regimi concessori, oltre a contenere modifiche alla legislazione vigente delega il Governo ad adottare una serie di decreti legislativi in materia di regimi concessori, enucleandone a tal fine i principi e i criteri direttivi da seguire.

Le concessioni demaniali marittime, tuttavia, non sono le sole tipologie di concessioni di cui si fa carico la legge delega: il tema delle concessioni infatti, proprio in considerazione della sua valenza strategica per l'economia nazionale, è affrontato in maniera ampia, come si evince dalla lettura dell'art. 2. Quest'ultima disposizione, infatti, delega il Governo ad adottare[84] – entro 6 mesi dall'entrata in vigore della legge delega – un decreto legislativo per l'istituzione di un sistema informativo di rilevazione delle concessioni di beni pubblici al fine di promuovere la massina pubblicità e trasparenza dei principali dati e delle informazioni relative a tutti i rapporti concessori, tenendo conto delle esigenze di difesa e sicurezza.

Con riferimento invece alle disposizioni dettate esclusivamente per le concessioni balneari, occorre dare atto di quanto previsto dall'art. 3, primo comma, il quale dispone che le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali continuano ad avere efficacia fino al 31 dicembre 2023. Diversamente, le concessioni già affidate o rinnovate mediante procedura selettiva con adeguate garanzie di imparzialità e di

[82] La legge per la concorrenza è prevista nel nostro ordinamento dal 2009 (istituita dalla legge n. 99 del 2009) anche se è stata concretamente adottata per la prima volta nel 2017, con la legge n. 124. Si tratta di una legge annuale avente come finalità quelle di rimuovere gli ostacoli normativi o amministrativi all'apertura dei mercati, di sviluppare la concorrenza e di tutelare i consumatori (cfr. art. 47 della legge n. 99 del 2009). Come indicato nel PNRR, una prima parte di misure concorrenziali saranno previste dalla legge per il mercato e la concorrenza per il 2021, mentre le altre saranno considerate nelle leggi annuali degli anni successivi.

[83] Cfr. https://www.mondobalneare.com/balneari-ddl-concorrenza-senato-approva-gare-in-via-definitiva/

[84] Su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze e del Ministro per gli affari regionali e le autonomie, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281,

ISSN 2036-7821

trasparenza continuano ad avere efficacia sino al termine previsto dal relativo titolo e comunque fino al 31 dicembre 2023 se il termine previsto è anteriore a tale data. Tuttavia, al comma 3 il provvedimento precisa che "*in presenza di ragioni oggettive che impediscono la conclusione della procedura selettiva entro il 31 dicembre 2023, connesse, a titolo esemplificativo, alla pendenza di un contenzioso o a difficoltà oggettive legate all'espletamento della procedura stessa, l'autorità competente, con atto motivato, può differire il termine di scadenza delle concessioni in essere per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2024. Fino a tale data l'occupazione dell'area demaniale da parte del concessionario uscente è comunque legittima anche in relazione all'articolo 1161 del codice della navigazione*". Tale ultima disposizione, tuttavia, suscita alcune perplessità, soprattutto laddove ammette un differimento del termine di scadenza al 2024. Dalla lettura delle Adunanze plenarie, infatti, emerge chiaramente che il termine del 31 dicembre 2023 da quest'ultima individuato debba considerarsi "ultimo", in quanto insuscettibile di subire ulteriori proroghe, dovendosi le stesse eventualmente ritenere in contrasto con il diritto europeo e dunque non applicabili.

Ulteriori criticità, poi, sembrerebbero emergere dall'ultimo periodo della disposizione sopra citata. Se infatti per la Suprema Corte di Cassazione la proroga disposta con il d.l. n. 194 del 2009 opera esclusivamente per le concessioni "nuove", ovvero per quelle sorte successivamente alla legge n. 88 del 2001, richiedendo in ogni caso che sia stata presentata apposita istanza da parte del concessionario e che vi sia stato un provvedimento espresso da parte dell'amministrazione, è chiaro che il reato di cui all'art. 1161 cod. nav. continuerà a configurarsi per le concessioni sorte anteriormente a tale data.

L'art. 4 invece delega il Governo ad adottare, sempre entro 6 mesi da quando entrerà in vigore la legge, uno o più decreti legislativi volti a riordinare e semplificare la disciplina in materia di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali, i quali peraltro dovranno attenersi ad una serie di principi e criteri direttivi puntualmente indicati. Tra questi, il disegno di legge prevede che i decreti attuativi dovranno individuare "*le aree suscettibili di affidamento in concessione, assicurando l'adeguato equilibrio tra le aree demaniali in concessione e le aree libere o libere attrezzate, nonché la costante presenza di varchi per il libero e gratuito accesso e transito per il raggiungimento della battigia antistante l'area ricompresa nella concessione, anche al fine di balneazione*". In aggiunta, si prevede che le concessioni dovranno essere affidate sulla base di procedure selettive rispettose dei principi di imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, non discriminazione, e che le gare dovranno tenere in debita considerazione, tra le tante, gli investimenti, il valore aziendale dell'impresa, la protezione dell'ambiente e la salvaguardia del patrimonio culturale[85].

[85] Cfr. art 4, comma 2, lett. c) del disegno di legge sopra citato, consultabile sul sito del senato.

ISSN 2036-7821

Al fine poi di evitare che la concessione di ampie porzioni di spiaggia si concentri nelle mani di pochi grandi capitali, il disegno di legge delega rimanda ai decreti attuativi la definizione dei presupposti e dei casi per l'eventuale frazionamento in piccoli lotti delle aree demaniali da affidare in concessione e la definizione di una disciplina uniforme delle procedure selettive di affidamento delle concessioni. Si dovrà inoltre prevedere un numero massimo di concessioni di cui può essere titolare, in via diretta o indiretta, uno stesso concessionario a livello comunale, provinciale, regionale o nazionale, al fine di favorire l'accesso delle piccole e microimprese. In termini di accessibilità ed ecosostenibilità, poi, la riforma chiede ai decreti attuativi di tenere in debita considerazione, ai fini della scelta del concessionario, la qualità e le condizioni del servizio offerto agli utenti, "*alla luce del programma di interventi indicati dall'offerente per migliorare l'accessibilità e la fruibilità dell'area demaniale, anche da parte dei soggetti con disabilità, e dell'idoneità di tali interventi ad assicurare il minimo impatto sul paesaggio, sull'ambiente e sull'ecosistema, con preferenza per il programma di interventi che preveda attrezzature non fisse e completamente amovibili*". Tra i principi e criteri direttivi sono inoltre presenti una serie di requisiti premiali per i concessionari uscenti, oltre che una serie di previsioni volte a tutelare l'occupazione. Quello che però desta maggiori criticità è la mancata previsione di un termine finale di durata delle nuove concessioni. Il testo approvato in Parlamento, infatti, si limita genericamente ad affermare che tali titoli dovranno avere una durata non superiore "*a quanto necessario per garantire al concessionario l'ammortamento e l'equa remunerazione degli investimenti autorizzati dall'ente concedente in sede di assegnazione della concessione e comunque da determinare in ragione dell'entità e della rilevanza economica delle opere da realizzare, con divieto espresso di proroghe e rinnovi anche automatici*". Quanto alla *vaexata quaestio* degli indennizzi, la legge n. 118 del 2022 rimette ai decreti attuativi la definizione di criteri uniformi per la quantificazione dell'indennizzo da riconoscere al concessionario uscente posto a carico del concessionario subentrante. Si è quindi scelto, dopo settimane di discussione, di eliminare con un subemendamento ogni riferimento all'avviamento, al valore residuo dei beni immobili, a scritture contabili e perizia giurata, elementi contenuti invece nella proposta avanzata il 24 maggio dall'esecutivo[86]. Da quanto precede emerge chiaramente come quello approvato dal Parlamento sia uno schema di riforma fin troppo generico: troppe sono, infatti, le questioni rimesse ai decreti attuativi. L'impressione che si ha è che il legislatore abbia cercato, ancora una volta, di evitare di prendere una decisa presa di posizione sul tema. Vero è che trovare un

[86] Come è noto, infatti, il tema degli indennizzi che i subentranti dovranno riconoscere ai precedenti titolari, in seguito all'espletamento delle gare pubbliche, è stato oggetto di scontro tra coloro che proponevano di limitarli ai soli investimenti non ammortizzati, e coloro che invece propendevano per ricomprendervi l'intero valore aziendale delle imprese.

ISSN 2036-7821

accordo in tempi brevi su un tema così divisivo è stato sicuramente difficile, probabilmente però si poteva fare di meglio.

Infine occorre dare atto del contenuto dei decreti attuativi della legge annuale sulla concorrenza adottati dal Governo Draghi in *limine mortis*. Il primo, invero, esula dall'argomento delle concessioni demaniali marittime, in quanto riguarda la disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Il secondo, invece, riguarda l'attuazione dell'art. 2 della legge delega per la mappatura e la trasparenza dei regimi concessori di beni pubblici, consta di 9 articoli e rappresenta il primo di una lunga serie di decreti che dovranno portare all'attuazione della riforma sulle concessioni balneari. Il provvedimento in esame infatti non va a disciplinare le gare pubbliche per riassegnare i titoli, compito questo evidentemente lasciato al nuovo esecutivo, ma mira ad effettuare una ricognizione delle concessioni attualmente in essere. All'art. 2 del decreto delegato si prevede infatti l'istituzione, presso il Ministero dell'economia e delle finanze, del sistema informativo di rilevazione delle concessioni di beni pubblici (SICONBEP), il cui fine ultimo è quello di operare una ricognizione totale di tutte le concessioni pubbliche di beni statali esistenti, incluse quelle del demanio marittimo. L'ambito oggettivo di applicazione della rilevazione comprende tutti i beni appartenenti al demanio e al patrimonio indisponibile di cui agli da articoli 822 a 830 del codice civile che formano oggetto di atti, contratti e convenzioni comportanti l'attribuzione a soggetti privati o pubblici dell'utilizzo in via esclusiva di tali beni.

A tal fine le pubbliche amministrazioni dovranno comunicare periodicamente un compendio di informazioni in loro possesso tra cui "la natura del bene oggetto di concessione; l'ente proprietario e, se diverso, l'ente gestore; le generalità del concessionario; la modalità di assegnazione della concessione; l'identificativo dell'atto che regola la concessione; la durata della concessione; i rinnovi in favore del medesimo concessionario; l'entità del canone concessorio"[87]. Le specifiche tecniche, le modalità e la tempistica per l'invio dei dati al SICONBEP da parte delle amministrazioni sono poi rimesse a delle linee guida del MEF che saranno pubblicate sul suo sito istituzionale, le quali provvederanno altresì ad individuare le categorie di beni pubblici distribuite "su classi omogenee".

Tra le criticità emergenti da questo decreto occorre *in primis* evidenziare l'assenza di qualsiasi riferimento ai tempi e alle modalità per l'istituzione del SICONBEP e per l'inserimento dei dati da parte delle amministrazioni. In secondo luogo, poi, non sono chiare le ragioni per cui si sia voluto procedere all'istituzione di un duplicato del Sid (Sistema informativo demanio- Portale del mare), esistente fin dal 1993 e già completo di tutti i dati richiesti per ciò che concerne le concessioni demaniali

[87] Si tratta di un compendio di informazioni che lo stesso decreto attuativo definisce come "minime" e che pertanto potranno essere oggetto di ulteriore implementazione.

ISSN 2036-7821

marittime e che poteva essere sul punto implementato. L'istituzione del SICONBEP, infatti, richiederà inevitabilmente l'esborso di ulteriori soldi pubblici con conseguente aggravio della spesa pubblica.

Da quanto sopra esposto emerge quindi un quadro normativo ancora in evoluzione, con una riforma sulle concessioni balneari ancora tutta da chiarire. Anche sul piano giurisprudenziale, tuttavia, si registra ancora qualche incertezza, di cui è indice la recentissima rimessione ex art. 267 TFUE alla Corte di Giustizia, da parte del Tar Lecce[88], di ben 9 quesiti pregiudiziali riguardanti la questione dell'affidamento delle concessioni balneari alla luce della direttiva Bolkestein e del diritto dell'Unione[89]. La partita, a questo punto, é rimessa al nuovo Governo, il quale avrà il

[88] Tar Lecce, Sez. I, ord. 11 maggio 2022, n. 743. Più precisamente il Collegio con tale pronuncia, muovendo dall'impugnazione da parte dell'AGCM degli atti con cui il comune di Ginosa aveva preso atto della proroga delle concessioni balneari sino al 2033, ha ritenuto di non conformarsi al dictum delle Plenarie non condividendone le argomentazioni.

[89] I quesiti sollevati alla Corte di Giustizia con l'ordinanza sopra citata sono i seguenti: 1) Se la direttiva 2006/123 risulti valida e vincolante per gli Stati membri o se invece risulti invalida in quanto - trattandosi di direttiva di armonizzazione - adottata solo a maggioranza invece che all'unanimità, in violazione dell'art. 115 T.F.U.E.;

2) Se la direttiva 2006/123 c.d. Bolkestein presenti o meno oggettivamente ed astrattamente i requisiti minimi di sufficiente dettaglio della normativa e di conseguente assenza di spazi discrezionali per il legislatore nazionale tali da potersi ritenere la stessa auto-esecutiva e immediatamente applicabile;

3) qualora ritenuta la direttiva 2006/123 non self-executing, se risulti compatibile con i principi di certezza del diritto l'effetto di mera esclusione o di disapplicazione meramente ostativa della legge nazionale anche nell'ipotesi in cui non risulti possibile per il giudice nazionale il ricorso all'interpretazione conforme ovvero se invece, in siffatta ipotesi, non debba o possa trovare applicazione la legge nazionale, ferme restando le specifiche sanzioni previste dall'ordinamento unionale per l'inadempimento dello stato nazionale rispetto agli obblighi derivanti dalla adesione al trattato (art. 49), ovvero derivanti dalla mancata attuazione della direttiva (procedura di infrazione);

4) Se l'efficacia diretta dell'art. 12, paragrafi 1,2,3 della Direttiva 2006/123 equivalga al riconoscimento della natura self-executing o immediata applicabilità della direttiva medesima ovvero se, nell'ambito di una direttiva di armonizzazione quale quella in esame ("si deve ritenere che gli artt. da 9 a 13 della direttiva provvedano ad una armonizzazione esaustiva ..." ex sentenza c.d. Promoimpresa), debba intendersi come prescrizione per lo stato nazionale di adottare misure di armonizzazione non generiche, ma vincolate nel loro contenuto;

5) Se la qualificazione di una direttiva come auto-esecutiva o meno e, nel primo caso, la disapplicazione meramente ostativa della legge nazionale possa o debba ritenersi di esclusiva competenza del giudice nazionale (al quale sono all'uopo attribuiti specifici strumenti di supporto interpretativo quali il ricorso al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ovvero al giudizio di legittimità costituzionale) ovvero anche del singolo funzionario o dirigente di un comune;

6) qualora invece ritenuta la direttiva 2006/123 self-executing, premesso che l'art. 49 TFUE risulta ostativo alla proroga automatica delle concessioni-autorizzazioni demaniali marittime ad uso turistico ricreativo solo "nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo", se la sussistenza di tale requisito costituisca o meno un presupposto necessario anche con riferimento all'applicazione dell'art. 12 paragrafi 1 e 2 della direttiva Bolkestein;

7) Se risulti coerente rispetto ai fini perseguiti dalla direttiva 2006/123 e dallo stesso art. 49 TFUE una statuizione da parte del giudice nazionale relativa alla sussistenza, in via generale ed astratta, del requisito dell'interesse transfrontaliero certo riferito tout-court all'intero territorio nazionale ovvero se, viceversa, stante in Italia la competenza dei singoli comuni, tale valutazione non debba intendersi riferita al territorio costiero di ciascun comune e, quindi, riservata alla competenza comunale;

ISSN 2036-7821

duro compito di emanare i decreti attuativi a ridosso del termine "ultimo" indicato dalla Plenaria, sempre che non intervenga una pronuncia della Corte di Giustizia a ribaltare la questione.

8) Se risulti coerente rispetto ai fini perseguiti dalla direttiva 2006/123 e dallo stesso art. 49 TFUE una statuizione da parte del giudice nazionale relativa alla sussistenza, in via generale ed astratta, del requisito della limitatezza delle risorse e delle concessioni disponibili riferito tout-court all'intero territorio nazionale ovvero se, viceversa, stante in Italia la competenza dei singoli comuni, tale valutazione non debba intendersi riferita al territorio costiero di ciascun comune e, quindi, riservata alla competenza comunale;

9) qualora in astratto ritenuta la direttiva 2006/123 self-executing, se tale immediata applicabilità possa ritenersi sussistere anche in concreto in un contesto normativo - come quello italiano - nel quale vige l'art. 49 Codice della Navigazione (che prevede che all'atto di cessazione della concessione "tutte le opere non amovibili restano acquisite allo Stato senza alcun compenso o rimborso") e se tale conseguenza della ritenuta natura self-executing o immediata applicabilità della direttiva in questione (in particolare con riferimento a strutture in muratura debitamente autorizzate ovvero a concessioni demaniali funzionalmente collegate ad attività turistico ricettiva, come hotel o villaggio) risulti compatibile con la tutela di diritti fondamentali, come il diritto di proprietà, riconosciuti come meritevoli di tutela privilegiata nell'Ordinamento dell'U.E. e nella Carta dei Diritti Fondamentali.

ISSN 2036-7821