

Le concessioni demaniali marittime tra regime delle proroghe interne, liquidazione di un equo indennizzo e diritto eurounitario

Gerardo Guzzo*

SOMMARIO: Introduzione. 1. Le concessioni demaniali marittime nel codice della navigazione. 2. *Il rapporto tra le concessioni demaniali marittime e il Codice degli appalti*. 3. La disciplina del rapporto concessorio. 4. Il pagamento del canone concessorio. 5. L'attività edilizia sulle zone demaniali marittime. 6. Lo spinoso tema dell'indennità di avviamento del concessionario uscente. 7. L'evoluzione legislativa e giurisprudenziale prima delle sentenze dell'AP del Consiglio di Stato del 2021 e della legge n. 118/2022. 8. La procedura di infrazione avviata il 3.12.2020 nei confronti dell'Italia. 9. Gli effetti sull'attività edilizia delle pronunce dell'AP del Consiglio di Stato nn. 17 e 18 del 2021: cenni. 10. La diretta applicabilità della Direttiva 2006/123 ed il problema (non secondario) dell'armonizzazione delle discipline interne. 11. L'esegesi del concetto di "*interesse transfrontaliero certo*" ai fini dell'applicabilità dell'art. 49 TFUE. 12. La controversa questione della "*scarsità delle risorse naturali*" applicato alle coste italiane. 13. Il "legittimo affidamento" del concessionario. 14. La giurisprudenza penale. 15. L'illecito ed il regime sanzionatorio. 16. La "vischiosità" normativa dalla l. n. 118/2022 al d.l. n. 198/2023 fino alla legge n. 166/2024. 17. Considerazioni finali su alcune questioni irrisolte.

Introduzione

Il tema della durata delle concessioni demaniali marittime di natura turistico-ricreativa è da circa quindici anni un problema ricorrente. Sembrava si fosse giunti ad un punto di svolta all'indomani delle due sentenze gemelle dell'AP del Consiglio di Stato nn. 17 e 18 del 9 novembre 2021 che, richiamando puntualmente i principi declinati dalla nota sentenza "Promoimpresa" della CGUE del 14 luglio 2016, avevano fissato il termine di

* Avvocato e docente universitario.

cessazione delle concessioni demaniali marittime al 31 dicembre 2023. Del resto, la stessa Commissione europea l'anno prima, il 3 dicembre 2020, aveva avviato una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia per la sua incapacità di dotarsi una disciplina organica che ponesse fine alla “*bad practice*” delle proroghe automatiche ed indifferenziate dopo l'ultima di quindici anni introdotta dalla legge n. 145/2018 che differiva la scadenza delle concessioni demaniali marittime al 31 dicembre 2033. Ciononostante, i successivi approdi legislativi, a fronte di una granitica applicazione dei principi euro-unitari da parte dei giudici amministrativi, sono andati in una direzione opposta. In principio fu la legge n. 118/2022, che introdusse la proroga tecnica della scadenza delle concessioni al 31 dicembre 2024 e, da ultimo, la legge n. 166/2024, di conversione con modifiche del d.l. n. 131/2024, che ha fissato la cessazione delle concessioni demaniali marittime al 30 settembre 2027 o, al massimo, al 31 marzo 2028, nel caso in cui non fosse possibile concludere le procedure di selezione del concessionario entro quella data. Nel mezzo il d.l. n. 198/2022, convertito, con modifiche, nella legge n. 14/2023, che aveva differito la scadenza delle concessioni demaniali in corso al 31 marzo 2025. Ciò che lascia maggiormente perplessi in merito a quest'ultima sortita legislativa è che la proroga del 2024, introdotta dalla legge n. 166/2024 attraverso delle modifiche all'impianto della legge n. 118/2022, sia stata concordata proprio con le Istituzioni europee e cioè con quelle Istituzioni che soprattutto nell'ultimo quadriennio hanno spinto per la rigorosa applicazione dei principi euro-unitari cristallizzati nel TFUE. Alla luce di quanto accaduto vi è il fondato sospetto che quest'ultima proroga possa non essere l'ultima. Come di solito si dice in questi casi: “la speranza è l'ultima a morire”.

1. Le concessioni demaniali marittime nel codice della navigazione

La norma cardine, in materia di disciplina delle concessioni demaniali marittime, è indubbiamente l'articolo 36 cod. nav. (“Concessione dei beni demaniali”). In particolare, il primo comma attribuisce alla Amministrazione marittima, compatibilmente alle esigenze di uso pubblico¹, il potere di concedere l'occupazione e

¹ Sul fine pubblico delle concessioni si veda: P. VALBONESI, *Le concessioni amministrative dei beni del demanio marittimo*, in *Funz. Amm.*, 1993, pag. 555, secondo cui: “Con la concessione lo Stato, nell'ambito dell'esplorazione della sua potestà d'imperio, favorisce e stimola l'attività dei privati volta in determinate direzioni e preordinata a fini che coincidono con l'interesse pubblico ed i cui risultati andranno a ricadere e a completare l'insieme degli interventi dello Stato a beneficio della collettività.”.

l'uso, anche esclusivo, dei beni demaniali marittimi per un determinato periodo di tempo.

Lo stesso articolo, al secondo comma, distingue l'autorità competente al rilascio della concessione in relazione alla durata e alla presenza o meno di impianti di difficile sgombero² e sulla base di queste distinzioni (temporali e strutturali), il regolamento attuativo del codice della navigazione individua due tipologie di atti da adottare: la concessione "per licenza" e la concessione "per atto formale".

Quanto alla prima, l'art. 8 reg. nav. mar. stabilisce che le concessioni che non superino il quadriennio e che non importino impianti di difficile sgombero, sono fatte dal capo del compartimento marittimo con "licenza" e possono esser rinnovate senza formalità di istruttoria.

Diversamente, ai sensi dell'art. 9 reg. nav. mar., il rilascio di concessioni di durata superiore al quadriennio o che importino impianti di difficile rimozione viene fatto per "atto pubblico" ricevuto da un ufficiale di porto a ciò destinato con decreto del capo del compartimento.

Dunque, alla luce dell'impianto originario, tra la concessione per "licenza" e per "atto formale" vi erano differenze tanto strutturali (delle opere)³, quanto di durata, nel senso che le concessioni più brevi venivano richieste per l'allocatione di opere facilmente amovibili e perciò rimesse ad una procedura più semplice, mentre i titoli comportanti impianti di difficile rimozione sottostavano a procedimento di rilascio più articolato⁴.

Bisogna tuttavia tener conto degli interventi legislativi che hanno rivisto l'impianto originario appena descritto.

Infatti, il secondo comma dell'articolo 1 del D.L. 5 ottobre 1993, n. 400 ("Disposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime"), come

² L'art. 36, comma 2, cod. nav. stabilisce che: "Le concessioni di durata superiore a quindici anni sono di competenza del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti. Le concessioni di durata superiore a quattro ma non a quindici anni, e quelle di durata non superiore al quadriennio che importino impianti di difficile sgombero, sono di competenza del direttore marittimo. Le concessioni di durata non superiore al quadriennio, quando non importino impianti di difficile sgombero, sono di competenza del capo di compartimento marittimo."

³ Sul concetto di "facile o difficile rimozione" degli impianti, la circolare del Ministero della marina mercantile n. 53, serie II, del 18 luglio 1962, prevede che: "Gli impianti realizzati nell'ambito delle concessioni demaniali marittime possono essere distinti in tre categorie principali: permanenti (edifici costruiti col sistema tradizionale, a struttura unita a fondazione profonda o isolata o diffusa, saldamente collegata con il terreno); inamovibili (strutture stabili in muratura, in cemento armato, in sistema misto, con elementi di prefabbricazione di notevole peso la cui rimozione comporti necessariamente la distruzione sostanziale del manufatto); amovibili o di facile sgombero o a carattere transitorio o semipermanenti (opere le cui strutture possono essere effettuate con montaggio di parti elementari)".

⁴ Come evidenziato da M. CARLIN con la collaborazione di F. NOSELLA, G. PASQUALE, M. VIDULICH in *Concessioni demaniali marittime e lacuali. Problemi e casi pratici*, in *Diritto Amministrativo e degli enti locali* (collana diretta da V. ITALIA), Milano, 2019, pag. 24.

modificato dall'articolo 10 della Legge n. 88/2001, disponeva una durata di 6 anni per tutte le concessioni previste dal primo comma⁵, indipendentemente dalla natura o dal tipo di impianti previsti per lo svolgimento dell'attività, prevedendo inoltre alla scadenza della concessione, un rinnovo automatico per altri sei anni e così successivamente ad ogni scadenza, fatto salvo il caso di revoca della concessione per motivi inerenti al pubblico uso del mare o per altre ragioni di pubblico interesse⁶.

Successivamente, l'art. 13 della L. 8 luglio 2003, n. 172, ha esteso il procedimento “per licenza” a tutte le concessioni previste dal primo comma dell'articolo 1 del decreto appena citato, senza tener conto della “difficile o facile rimozione” degli impianti⁷.

Alla luce degli interventi legislativi analizzati, possono essere effettuati diversi rilievi.

In primis, con l'estensione della durata di 6 anni e del procedimento per licenza a diverse categorie di concessioni a prescindere dalla natura o dal tipo degli impianti utilizzati, si è giunti al superamento sia del criterio temporale (“durata minore o superiore al quadriennio”), sia del criterio strutturale (“impianto di facile o difficile rimozione”), entrambi fondanti la distinzione tradizionale tra concessioni per licenza e per atto formale.

In secundis, gli interventi legislativi menzionati hanno rafforzato il meccanismo del “rinnovo automatico” delle concessioni scadute che, come vedremo, desterà perplessità rispetto ai dettati comunitari. Sul punto, la giurisprudenza amministrativa ha escluso la sussistenza di un obbligo per l'Amministrazione di provvedere sulla domanda volta alla emissione di un provvedimento che riconosca il rinnovo delle concessioni demaniali marittime scadute, trattandosi di un effetto prodotto dalla legge che non impone una duplicazione di un titolo (licenza di concessione demaniale marittima) valido *ope legis* ed efficace per la prevista durata di 6 anni⁸.

⁵ Art. 1, comma 1, D.L. n. 400/1993: “La concessione dei beni demaniali marittimi può essere rilasciata, oltre che per servizi pubblici e per servizi e attività portuali e produttive, per l'esercizio delle seguenti attività: a) gestione di stabilimenti balneari; b) esercizi di ristorazione e somministrazione di bevande, cibi precotti e generi di monopolio; c) noleggio di imbarcazioni e natanti in genere; d) gestione di strutture ricettive ed attività ricreative e sportive; e) esercizi commerciali; f) servizi di altra natura e conduzione di strutture ad uso abitativo, compatibilmente con le esigenze di utilizzazione di cui alle precedenti categorie di utilizzazione”.

⁶ Art. 1, comma 2, D.L. n. 400/1993: “Le concessioni di cui al comma 1, 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, fatto salvo il secondo comma dell'articolo 42 del codice della navigazione”.

⁷ Il comma 2-bis dell'art.1 D.L. n. 400/1993, introdotto dall'art. 13 della L. n.172/2003, prevede che: “Le concessioni di cui al comma 1 che siano di competenza statale sono rilasciate dal capo del compartimento marittimo con licenza.”.

⁸ T.A.R. Latina, (Lazio) sez. I, 12/02/2013, n.161.

Tale disciplina del rinnovo automatico è andata a collocarsi nell'ambito della normativa codicistica recata all'art. 37 del codice della navigazione, ove era previsto il cd. "diritto d'insistenza", ai sensi del quale il rinnovo della concessione veniva fatto, automaticamente, a favore del concessionario uscente⁹. Come vedremo, questa regola è stata abrogata dal D.L. n. 194/2009, come vedremo nei successivi paragrafi 5 e 6 dell'odierno lavoro.

2. Il rapporto tra le concessioni demaniali marittime e il Codice degli appalti

Uno degli aspetti più controversi riguarda l'applicabilità del Codice degli appalti pubblici e delle concessioni alla particolare tipologia delle concessioni demaniali marittime¹⁰. In diverse controversie, sorte con l'impugnazione dei provvedimenti di rilascio delle concessioni, si è posta la questione della natura delle concessioni demaniali marittime, cioè se esse integrino una "concessione di beni" o una "concessione di servizi" e, conseguentemente, se sia ad esse applicabile la disciplina del "Codice dei contratti pubblici"¹¹. Il d.Lgs. n. 36/2023 ("Codice dei contratti pubblici"), mira ad estendere la disciplina del contratto di appalto alla concessione di servizi¹². L'Allegato I.1, all'articolo 2, lettera c), definisce la "concessione di servizi" come "i contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto a pena di nullità in virtù dei quali una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori o la fornitura e la gestione di servizi a uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori o i servizi oggetto dei contratti o in tale diritto accompagnato da un prezzo". Tale definizione va integrata con la prescrizione contenuta nel comma 1 dell'articolo 177 del d.lgs. n. 36/2023 a tenore della quale "L'aggiudicazione di una concessione comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi e comprende un rischio dal lato della domanda dal lato dell'offerta o da entrambi. Per rischio dal lato della domanda si intende il rischio associato alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto. Per rischio dal lato

⁹ M. CARLIN con la collaborazione di F. NOSELLA, G. PASQUALE, M. VIDULICH in *Concessioni demaniali marittime e lacuali. Problemi e casi pratici*, in *Diritto Amministrativo e degli enti locali* (collana diretta da V. ITALIA), Milano, 2019, pag. 26.

¹⁰ Per un approfondimento sul tema si rinvia a G. GUZZO, "Appalti pubblici. Disciplina, procedure e profili processuali dopo il nuovo Codice dei contratti pubblici"; Giuffrè Francis Lefebvre Editore (2024); pag. 533-538.

¹¹ D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

¹² Art. 1, comma 1, d.lgs. 18 aprile, n. 50: "Il presente codice disciplina i contratti di appalto e di concessione delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere, nonché i concorsi pubblici di progettazione".

dell'offerta si intende il rischio associato all'offerta dei lavori o servizi che sono oggetto del contratto, in particolare il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda al livello qualitativo e quantitativo dedotto in contratto". L'oggetto principale della concessione in esame, consistente nella prestazione di un servizio offerto alla collettività, si sovrappone a quello del contratto di "appalto di servizi", ma le due figure si differenziano per due elementi sostanziali: 1. il rischio operativo (o d'impresa) e 2. Il soggetto beneficiario dell'attività (la P.A.). Come affermato in giurisprudenza, l'elemento che qualifica la "concessione di servizi" è costituito dal trasferimento del rischio economico/operativo a carico dell'affidatario, che si assume in concreto i rischi economici della gestione del servizio, rifacendosi essenzialmente sull'utenza per mezzo della riscossione di un tipo di canone o tariffa, mentre nel caso dell'"appalto", l'onere del servizio stesso viene a gravare sostanzialmente sull'amministrazione aggiudicatrice¹³ beneficiaria dell'attività. Una parte della giurisprudenza, in passato, ha ritenuto applicabile la disciplina prevista dal d.lgs. n. 50/2016 alle concessioni demaniali marittime, ogni qualvolta si riscontri la presenza degli elementi caratterizzanti la concessione di servizi (prestazione di servizio alla collettività, rischio operativo)¹⁴. Nello stesso senso si era espressa l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) che, con il parere del 15 febbraio 2013, ha ritenuto che la concessione demaniale marittima configuri una "concessione di servizi" ogni qualvolta l'utilizzo del bene demaniale si estrinsechi anche nell'esercizio di un servizio pubblico¹⁵. Tuttavia, l'orientamento maggioritario non è del medesimo avviso. Innanzitutto, in giurisprudenza è stato evidenziato che l'ambito di applicazione del "Codice dei contratti pubblici" si estende ai soli contratti "passivi" stipulati dalla Amministrazione, cioè quelli che comportano una spesa a carico dei bilanci pubblici (o un mancato guadagno che otterrà il concessionario dall'esercizio dell'attività). La concessione demaniale marittima, invece, configura un contratto "attivo" per la P.A. in quanto comporta un vantaggio economico (riscossione del canone) per l'Amministrazione concedente¹⁶. Inoltre, lo stesso orientamento

¹³ Consiglio di Stato sez. VI, 04/05/2020, n.2810. Sulle differenze tra concessione di servizi e contratto di appalto: C. giust. CE, 10 novembre 1998, in C-360/1998 e C. giust. CE, 10 aprile 2003, in C-20/01 e C-28/01 secondo cui: "la concessione di servizi è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo".

¹⁴ T.A.R. Liguria, sez. II, sentenza n. 1348 del 31 ottobre 2012.

¹⁵ Parere ANAC 13/02/15: "Alla luce di dette considerazioni, si ritiene che tutte le volte in cui, attraverso il rilascio della concessione marittima, si realizza l'affidamento di una concessione di costruzione e gestione di opere pubbliche o di servizi pubblici, la concessione demaniale è soggetta sia agli obblighi di comunicazione all'Osservatorio e di contribuzione verso l'Autorità sia agli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari."

¹⁶ T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, sentenza n. 1067 del 28 agosto 2020.

maggioritario riconduce le concessioni demaniali marittime “ai provvedimenti, comunque denominati, con cui le amministrazioni aggiudicatrici, a richiesta di un operatore economico, autorizzano, stabilendone le modalità e le condizioni, l'esercizio di un'attività economica che può svolgersi anche mediante l'utilizzo di impianti o altri beni immobili pubblici”, esclusi espressamente dall'applicazione del “Codice dei contratti pubblici”¹⁷. Seguendo l'interpretazione del previgente articolo 164 del d.lgs. n. 50/2016 fornita dalla giurisprudenza maggioritaria, nel caso della concessione demaniale marittima, l'operatore economico si rivolge alla P.A. per ottenere in concessione una zona del demanio marittimo al fine di svolgere una determinata attività economica. In questi casi, l'oggetto principale della concessione è rappresentato dal bene demaniale marittimo, il cui godimento esclusivo funge da presupposto per lo svolgimento dell'attività economica. Ciò rende la concessione demaniale marittima una “concessione di beni”¹⁸, e così anche nel caso in cui essa sia rilasciata al fine di svolgere un “servizio pubblico” (es: traffico marittimo)¹⁹. L'assunto trova una puntuale conferma anche nelle nuove fonti di diritto costituite sia dall'Allegato I.1 al Codice dei contratti pubblici che dallo stesso articolo 177 in esso contenuto. Infatti, nella “concessione di servizi” l'oggetto principale è l'affidamento di un servizio in sé, a prescindere dall'esistenza di un bene demaniale. Nel caso della “concessione demaniale marittima”, invece, il godimento esclusivo del bene costituisce l'elemento predominante della concessione, e la rilevabilità di prestazioni di attività accessorie (servizi) alla mera messa a disposizione del bene demaniale marittimo, non può suggerire un mutamento della qualificazione dell'istituto: che rimane sempre di concessione (di apertura all'uso) di un bene pubblico²⁰. Di conseguenza, si esclude l'applicabilità alle concessioni demaniali marittime della disciplina in materia di appalti pubblici, nonché l'applicabilità del rito abbreviato degli appalti²¹ alle gare per l'affidamento in concessione di beni del

¹⁷ T.A.R. Salerno, (Campania) sez. I, sentenza n. 2067 del 28 agosto 2020, cit. Conformemente in dottrina: M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche del diritto amministrativo*, Giappichelli Editore (2021), pag. 473.

¹⁸ Cons. di St. sez. VI, sentenza del 21 maggio 2014, n.2620.

¹⁹ Per un approfondimento sul tema si rinvia a G. GUZZO, R. PALLIGGIANO, *Concessioni demaniali marittime e rapporto concessorio tra esigenza di tutela del privato e salvaguardia delle norme euro unitarie*, in www.lexitalia.it, n. 1/2021.

²⁰ Sul punto si veda: di G. PERICU, A. ROMANO, T. SPAGNUOLO VIGORITA (a cura di), *La concessione di un pubblico servizio*, Giuffrè, 1995, pag. 18.

²¹ Art. 119 (“Rito abbreviato comune a determinate materie”) e art. 120 (“Disposizioni specifiche ai giudizi di cui all'articolo 119, comma 1, lettera a”) del Codice del processo amministrativo.

demanio marittimo, ferma restando l'esigenza di osservare il principio generale, di derivazione europea, dell'evidenza pubblica²².

3. La disciplina del rapporto concessorio

Uno dei problemi più controversi affrontati dalla dottrina e dalla giurisprudenza è senza dubbio quello che investe la regolamentazione del rapporto giuridico, che genera dal rilascio della concessione demaniale, tra amministrazione e concessionario dal quale, a sua volta, derivano, in capo a quest'ultimo, una serie di diritti e di obblighi.

Anzitutto, al concessionario è attribuito un diritto di uso peculiare che, come privato, non solo non potrebbe esercitare, ma addirittura costituirebbe reato²³.

Questa situazione soggettiva di vantaggio si esplica essenzialmente in due differenti direzioni²⁴. Da una parte, è diretta nei confronti della stessa amministrazione marittima concedente, non solo nel senso che essa non deve interporre alcun ostacolo all'esercizio effettivo del diritto d'uso da parte del concessionario (obbligo negativo), ma anche nel senso che su di essa grava l'obbligo di mettere il concessionario nella possibilità oggettiva di usare del bene (obbligo positivo). In questa prospettiva va inquadrato l'"obbligo di consegna" da parte dell'autorità concedente nei riguardi del concessionario, che è esplicitamente sancito dall'art. 34, comma 1, reg. nav. mar.²⁵.

Dall'altra parte, il diritto d'uso si dirige nei riguardi dei terzi soggetti, i quali non devono turbare né ostacolare in alcun modo il concreto esercizio del diritto d'uso sul bene oggetto di concessione.

Inoltre, è da menzionare la facoltà espressamente conferita al concessionario dall'art. 41 cod. nav. di costituire, previa autorizzazione dell'autorità concedente, ipoteca sulle opere da lui costruite sui beni demaniali.

Con riferimento alle situazioni soggettive di carattere passivo facenti capo al concessionario, il precipuo e più rilevante dovere del concessionario è quello di utilizzare il bene entro i limiti e le modalità fissate dall'atto di concessione. Più in particolare, il concessionario deve eseguire tutte le opere prescritte nell'atto di

²² Cons. di St. Sez. VI, sentenza del 17 luglio 2020, n. 4610.

²³ Art. 1161 cod. nav.: "Chiunque arbitrariamente occupa uno spazio del demanio marittimo o aeronautico o delle zone portuali della navigazione interna, ne impedisce l'uso pubblico o vi fa innovazioni non autorizzate, ovvero non osserva i vincoli cui è assoggettata la proprietà privata nelle zone prossime al demanio marittimo od agli aeroporti, è punito con l'arresto fino a sei mesi o con l'ammenda fino a euro 516,00, sempre che il fatto non costituisca un più grave reato"

²⁴ F. QUERCI, *Il demanio*, cit., pag. 104.

²⁵ Art. 34, comma 1, reg. nav. mar.: "Dopo l'approvazione dell'atto di concessione il capo del compartimento con l'assistenza, se necessaria, dell'ufficio del genio civile, immette il concessionario nel possesso del bene concesso. La consegna risulta da processo verbale".

concessione, iniziare la gestione nei termini assegnati; deve con tempestività prestare per proprio conto le relative attrezzature e gli impianti tecnici previsti, la cui realizzazione deve conformarsi ai piani e ai progetti esaminati ed approvati dalle competenti amministrazioni statali interessate²⁶.

Inoltre, il concessionario è inoltre tenuto alla osservanza delle disposizioni dei competenti uffici relative ai servizi militari, doganali, sanitari, e ad ogni altro servizio di interesse pubblico (art. 27, comma 2, reg. nav. mar.) ed è obbligato a consentire l'accesso nei beni concessi e nelle opere eseguite al personale civile e militare dell'amministrazione centrale o locale dei trasporti e della navigazione, dell'amministrazione finanziaria, del genio civile e delle altre amministrazioni dello Stato, che dovessero accedervi per ragioni del loro ufficio (art. 28 reg. nav. mar.).

Gravano sul concessionario anche obblighi di carattere patrimoniale: l'art. 17 del reg. nav. mar. prevede il dovere per il concessionario di prestare garanzia dell'adempimento degli obblighi assunti attraverso il pagamento di una "cauzione", mentre l'art. 16 del reg. nav. mar. disciplina il pagamento del "canone", obbligo che sarà trattato in maniera specifica successivamente.

L'art. 23 reg. nav. mar. definisce il regime della responsabilità del concessionario prevedendo, al primo comma, che "il concessionario è responsabile verso l'amministrazione degli obblighi assunti e verso i terzi di ogni danno cagionato nell'esercizio della concessione alle persone o alle cose", al secondo comma, che "il concessionario con l'atto o la licenza di concessione assume l'obbligo di manlevare e rendere indenne l'amministrazione da ogni azione che possa esserle intentata da terzi in dipendenza della concessione".

4. Il pagamento del canone concessorio

Il pagamento del canone concessorio rappresenta una delle principali obbligazioni poste in capo al concessionario. Come affermato dalla giurisprudenza costituzionale, i canoni demaniali possono essere definiti come *"corrispettivi all'uso di un bene di proprietà dello Stato e costituiscono quindi un prezzo pubblico calcolato in base a criteri stabiliti dalla legge"*²⁷.

²⁶ F. QUERCI, *Il demanio*, cit., pag. 99.

²⁷ Così la C. Cost., 22 ottobre 2010, n. 302. Sulla natura giuridica dei canoni si v. Relazione della Corte dei conti "La riscossione dei canoni nelle concessioni del demanio marittimo", approvata con Delibera n. 29/2008: "una qualche assimilazione ai tributi può ricavarsi dal fatto che l'importo del canone viene ormai determinato sempre meno con valutazioni discrezionali, ma in base a criteri e parametri fissati dalla

I criteri per la determinazione del canone di concessione hanno subito un'evoluzione che ha corso parallelamente alla diversa concezione del bene demaniale²⁸: prima statica, poi dinamica²⁹.

In origine, la determinazione del canone era rimessa alla discrezionalità del capo del compartimento e dell'intendente di finanza, i quali, ai sensi dell'art. 16 reg. nav. mar., valutavano l'entità della concessione, lo scopo perseguito e i profitti che dall'uso ne poteva trarre il concessionario.

Questo procedimento si rivelò piuttosto lungo e complesso, tanto da suggerire l'abbandono del metodo discrezionale a favore di criteri oggettivi³⁰. Infatti, il Decreto ministeriale del 19 luglio 1989³¹ introduceva nuovi criteri per la determinazione dei canoni sulla base di parametri oggettivi come l'estensione delle superfici, la volumetria delle pertinenze, la natura di facile o difficile rimozione delle eventuali costruzioni, prescindendo dalla valutazione economica delle varie concessioni.

Il menzionato decreto fu seguito da uno successivo, il D.L. 5 ottobre del 1993, n. 400³², il quale confermò i criteri oggettivi citati, ma differenziando i canoni in funzione della finalità dell'utilizzo (turistico-ricreative o altre finalità). Con riferimento alle concessioni con finalità turistico-ricreative, l'articolazione della misura del canone veniva differenziata in funzione della "valenza turistica" che ciascuna Regione doveva identificare in alta (categoria A), normale (categoria B) e minore (categoria C) valenza turistica, prevedendo, nell'ambito di ciascuna delle categorie, canoni differenti a seconda che la concessione fosse stata rilasciata per l'uso di "aree scoperte", "aree occupate da impianti di facile o difficile rimozione" e "specchi d'acqua"³³.

legge, come superficie, tipo di costruzione, valore di mercato, e che la sua riscossione coattiva viene perseguita con procedure analoghe a quelle dei debiti tributari (iscrizione a ruolo; intervento del concessionario pubblico della riscossione). Diversamente dalle imposte, però, il canone demaniale non è dovuto e calcolato in relazione alla capacità contributiva del concessionario o alle manifestazioni di tali sue capacità, essendo invece una sorta di corrispettivo richiestogli, *latusensu* sinallagmaticamente, per l'uso particolare di un bene di proprietà collettiva, ciò che lo fa avvicinare per certi versi alla tassa. La tassa, tuttavia, si paga alla Pubblica Amministrazione a fronte del beneficio ottenuto, come singolo, dalla prestazione di un servizio pubblico dalla stessa erogato; prestazione che non sussiste affatto, invece, nelle concessioni demaniali marittime, il cui corrispettivo, inoltre, compete sempre allo Stato, anche se non è lo Stato ad aver rilasciato la concessione, ma molto più spesso, la Regione o i Comuni".

²⁸ M. CARLIN (a cura di), con la collaborazione di F. NOSELLA, G. PASQUALE, M. VIDULICH, *Concessioni demaniali marittime e lacuali*, cit., pag. 36.

²⁹ Sulla "concezione statica" e sulla "concezione dinamica" del demanio marittimo si v.: par. 2.1, cap. I.

³⁰ M. CARLIN (a cura di), con la collaborazione di F. NOSELLA, G. PASQUALE, M. VIDULICH, *Concessioni demaniali marittime e lacuali*, cit., pag. 37.

³¹ Emanato in attuazione della L. 5 maggio 1989, n. 160, che dispone la fissazione dei criteri oggettivi per la determinazione dei canoni demaniali "con decreto del Ministero della marina mercantile di concerto con quello delle finanze".

³² Convertito con modificazioni nella L. n. 494/1993.

³³ D.M. n. 342/1998 emanato in attuazione della L. n. 494/1993.

Con la Legge del 27 dicembre 2006, n. 296 (Legge Finanziaria 2007), il legislatore è intervenuto nuovamente sulla materia fissando nuovi criteri di determinazione dei canoni per le concessioni di aree, pertinenze demaniali marittime e specchi d'acqua per scopo turistico-ricreativo³⁴, estendendoli anche alle concessioni di beni aventi ad oggetto la realizzazione e la gestione di strutture dedicate alla nautica da diporto³⁵. Inoltre, con lo stesso intervento legislativo è stato introdotto, accanto al canone tabellare, un canone commisurato al “valore di mercato” per le concessioni in cui sono comprese pertinenze demaniali destinate ad attività commerciali, terziario-direzionali e di produzione di beni e servizi³⁶. Ciò ha determinato, secondo la giurisprudenza costituzionale, il passaggio da una valutazione tabellare e astratta del valore del bene, alla valutazione tendente ad avvicinare il valore dei beni a quelli di mercato, sulla base cioè delle potenzialità degli stessi di produrre reddito in un contesto specifico³⁷.

Intorno all'applicazione della Legge Finanziaria del 2007 si sono condensate tre ordini di critiche.

Innanzitutto, la suddetta legge non specifica alcuna differenza tra le concessioni rilasciate prima e/o dopo dell'entrata in vigore della disposizione in esame (1 gennaio 2007), conducendo ad una severa e generale maggiorazione dei canoni anche nei confronti dei concessionari i cui canoni erano stati determinati nei rispettivi atti di rilascio della concessione³⁸. Questo sistema, secondo i portatori della critica, ha comportato una lesione dell'affidamento dei cittadini nella sicurezza dei rapporti giuridici e, quindi, una violazione dell'art. 97 della Costituzione (principio del “buon andamento della P.A.”).

In secondo luogo, la Legge finanziaria 2007 è stata criticata in quanto disciplina in maniera diversa elementi della medesima categoria delle pertinenze demaniali,

³⁴ Come rilevato da P. SANTOMAURO, *Criticità finanziarie relative alle entrate derivanti dall'uso del demanio marittimo*, in M. DE BENEDETTO (a cura di), *Spiagge in cerca di regole. Studio d'impatto sulle concessioni balneari*, Bologna, Il Mulino, 2011, pag. 152, con la Legge Finanziaria del 2007 sono stati mantenuti i criteri di suddivisione delle aree costiere a seconda della loro valenza turistica con identificazione da farsi da parte delle Regioni, ed il criterio dell'applicazione di tabelle di canoni al mq. che sono stati differenziati tra: aree scoperte, aree con opere amovibili o di facile rimozione, aree con opere inamovibili o di difficile rimozione e specchi d'acqua. È stata eliminata la categoria della valenza turistica minore, ma è restata una differenziazione tra area di categoria A e B, rispettivamente di alta e normale valenza turistica, con l'applicazione degli importi di canone previsti per la categoria B (valenza turistica normale) in caso di mancata identificazione della categoria da parte della Regione.

³⁵ Art. 1, comma 252, Legge Finanziaria 2007.

³⁶ Si v. art. 1, comma 251. Della Legge Finanziaria del 2007, ai sensi del quale i canoni sono determinati moltiplicando la superficie complessiva del manufatto per la media dei valori mensili unitari minimi e massimi indicati dall'“Osservatorio del mercato immobiliare” per la zona di riferimento.

³⁷ C. Cost. 22 ottobre 2010, n. 302.

³⁸ M. CARLIN (a cura di), con la collaborazione di F. NOSELLA, G. PASQUALE, M. VIDULICH, *Concessioni demaniali marittime e lacuali*, cit., pag. 43.

assoggettando al nuovo criterio di calcolo dei canoni le sole pertinenze adibite a specifiche destinazioni (attività commerciali, terziario-direzionali e di produzione di beni e servizi) e non anche le altre, integrando in tal modo una violazione del principio di “uguaglianza sostanziale” di cui all’art. 3 della Costituzione.

In terzo luogo, è stata rilevata la violazione dell’art. 53 della Costituzione, nella parte in cui la Legge finanziaria del 2007 non tiene conto della “capacità contributiva” dei singoli concessionari nella determinazione dei canoni.

Per i motivi appena analizzati, l’art. 1, comma 251, L. n. 296/2006 è stato sottoposto al vaglio della Corte Costituzionale (sentenza n. 302 del 22 ottobre 2010).

Secondo la Consulta, le tre censure di illegittimità costituzionale non sono fondate³⁹.

La Corte argomenta con il fatto che, poiché l'intervento del legislatore non è stato né improvviso né imprevedibile, in quanto si inserisce in una precisa linea evolutiva della disciplina dell'utilizzazione dei beni demaniali, né ingiustificato rispetto allo scopo perseguito di assicurare maggiori entrate all'erario e di perequare le situazioni dei soggetti che svolgono attività commerciali, avvalendosi di beni pubblici, e quelle di altri soggetti che svolgono le identiche attività, ma assoggettati ai prezzi di mercato relativi all'utilizzazione di beni di proprietà privata, deve escludersi la denunciata lesione dell'affidamento dei cittadini nella sicurezza dei rapporti giuridici (art. 97 cost.), che deriverebbe dall'incidenza sui rapporti in corso dei nuovi criteri di determinazione dei canoni concessori.

Così come non sussiste la denunciata discriminazione (art. 3 cost.) tra concessionari di pertinenze demaniali marittime destinate ad attività commerciali, terziario-direzionali e di produzione di beni e servizi e concessionari di beni pubblici dello stesso tipo destinati ad altre utilizzazioni, ad esempio abitative, atteso che la differenza di trattamento trova giustificazione nella diversa attitudine dei beni pubblici a seconda che siano destinati a produrre reddito per i concessionari ovvero a destinazioni diverse, che ne implicano il mero godimento, senza un attivo sfruttamento economico.

Secondo la Corte costituzionale deve altresì escludersi la violazione dell'art. 53 cost. (“capacità contributiva”) in quanto i canoni demaniali marittimi non hanno natura tributaria, ma sono corrispettivi dell'uso di un bene di proprietà dello Stato e costituiscono quindi un prezzo pubblico calcolato in base a criteri stabiliti dalla legge.

³⁹ Si v. D. CASALINI, Nota a C. Cost., 22 ottobre 2010, n.302, *Valorizzazione, interesse pubblico ed eternalità negative nella struttura dei canoni di concessione demaniale marittima* in Foro amm. CDS, fasc.5, 2011, pag. 1437.

Da ricordare, in ultimo, che il concessionario è tenuto a pagare anticipatamente le singole rate del canone, nella misura e nel termine indicate dall'atto di concessione⁴⁰ (art. 16, comma 1, reg. nav. mar.).

5. L'attività edilizia sulle zone demaniali marittime

La possibilità di utilizzo del concessionario delle aree demaniali oggetto di concessione, mediante lo svolgimento dell'attività edilizia, rappresenta un punto nodale nel rapporto tra PA e concessionario.

Infatti, l'atto di concessione, pur indicando le opere da eseguire⁴¹, non costituisce titolo idoneo per il concessionario a edificare sulla zona demaniale. Come più volte ricordato dalla giurisprudenza, la concessione e il titolo edilizio, riposando su presupposti diversi e rispondendo ad interessi differenti (demanialità il primo, edilizia il secondo), costituiscono due atti autonomi l'uno dall'altro⁴². Sussiste però tra i due atti un rapporto peculiare, in forza del quale la concessione risulta pregiudiziale rispetto al "permesso di costruire".

Da una parte, quindi, il rilascio della concessione d'uso della zona demaniale risulta necessaria per ottenere il permesso di costruire sulla zona stessa, dall'altra, invece, un eventuale titolo edilizio in possesso del privato emesso in difetto di concessione risulterà inefficace. Pur essendo autonomi, quindi, i due atti devono coesistere per consentire il legittimo inizio dei lavori⁴³.

Tuttavia, analizzando la giurisprudenza, può rilevarsi che non ogni opera necessita del titolo edilizio, potendo il concessionario realizzare liberamente quelle opere destinate a soddisfare determinate esigenze in via solamente "momentanea" e che comportino un "alterazione trascurabile" del territorio⁴⁴.

⁴⁰ L'inosservanza dell'obbligo di pagamento del canone può portare alla decadenza dalla concessione ex art 47, comma 1, lett. e, reg. nav. mar.

⁴¹ Art. 19 reg. nav. mar.: "Nell'atto di concessione devono essere indicati [...]la natura, la forma, le dimensioni, la struttura delle opere da eseguire e i termini assegnati per tale esecuzione"

⁴² CdS, sezione V, 20 novembre 1989 n. 738; Cons. giust. amm. Sicilia sez. giurisd., 13/06/2019, n.548 secondo cui: "La concessione demaniale marittima e il titolo edilizio hanno presupposti e finalità differenti. In base al reg. nav. mar. il richiedente la concessione demaniale marittima deve indicare dimensioni, struttura e uso delle opere da eseguire, ma non esime il privato dall'obbligo di domandare all'Amministrazione comunale il rilascio del titolo edilizio".

⁴³ Così, G. GUZZO e M. LUCHETTI, *Concessioni demaniali e disciplina edilizia: sistemi convergenti o insanabile distonia?*, su LexItalia.it, 2017, 3: "E' dunque prioritaria la richiesta di rilascio della concessione rispetto a quella del titolo abilitativo dovendo, a stretto rigore, la P.A. rilasciare il titolo edificatorio solo al soggetto che sia già concessionario del bene. In ogni caso, la compresenza dei due provvedimenti è indispensabile al fine del concreto inizio dei lavori".

⁴⁴ Rilevano in maniera puntuale che per stabilire la necessità o meno del titolo edilizio, la giurisprudenza fa riferimento al principio della "alterazione del territorio" da intendersi alla stregua del parametro

In tutti gli altri casi, sia quando l'opera sia "inamovibile", comportando un'alterazione rilevante del territorio indipendentemente dal suo utilizzo momentaneo o duraturo⁴⁵, sia quando, pur essendo di "facile rimozione", sia destinata a soddisfare bisogni che si sviluppano in un circoscritto arco temporale che però si ripete ciclicamente (come capanni che vengono utilizzati durante il periodo estivo, smontati, e poi rimontati all'inizio della stagione seguente), il titolo edilizio è necessario⁴⁶.

Con riferimento alla titolarità delle opere costruite sull'area demaniale, le Sezioni unite della Cassazione, con la sentenza del 13 febbraio 1997 n. 1324, evidenziano la costituzione di un "diritto di superficie" in capo a colui che ha costruito. L'acquisto è a titolo originario ed il diritto è di consistenza reale ma temporaneo, in quanto ha la stessa limitata durata della concessione del bene demaniale, con la conseguenza che con l'estinzione della concessione, per revoca o scadenza del termine, si estingue anche il diritto di superficie e il proprietario dell'area (Stato o enti locali) diventa proprietario anche delle opere insistenti, in applicazione dell'art. 953 del codice civile⁴⁷. L'effetto incrementale dell'accessione della proprietà in capo al *dominus soli* ex art. 953 del cod. civ. si produce in virtù del rinvio operato dall'art. 1, comma 2, cod. nav. alle

tecnico, in relazione ai materiali utilizzati, ed a quello "funzionale", avendo riguardo all'esigenza che l'opera è destinata a soddisfare, G. GUZZO e M. LUCHETTI, *Concessioni demaniali e disciplina edilizia: sistemi convergenti o insanabile distonia?*, su LexItalia.it, 2017, 4. Gli Autori richiamano le sentenze Corte cost. n. 278/2010 e n. 171/2012 secondo cui: "il discrimine tra necessità o meno di titolo abilitativo è dato dal duplice elemento: precarietà oggettiva dell'intervento, in base alle tipologie dei materiali utilizzati, e precarietà funzionale, in quanto caratterizzata dalla temporaneità dello stesso".

⁴⁵ Cass. penale sez. III, 15/01/2015, n.16316 : "L'oggettiva inamovibilità dell'opera (nel caso di specie addirittura assicurata da solide fondamenta in cemento armato) non può essere soverchiata dalla temporaneità delle esigenze che l'opera intende soddisfare. Quand'anche le esigenze siano temporanee, un immobile saldamente ancorato al suolo e mai più rimosso non può certamente ritenersi sottratto a permesso di costruire".

⁴⁶ CdS, sez. V, 24 febbraio 1996 n. 226: "Lo stesso principio vale per le opere destinate ad attività stagionali le quali, seppur non infisse al suolo, ma aderenti ad esso in modo stabile, sono destinate ad una "utilizzo perdurante nel tempo", anche se intervallate da pause stagionali (ad esempio, una concessione esercitata solo nel periodo estivo); in tal caso, infatti, l'alterazione del territorio non può essere considerata temporanea, precaria o irrilevante". In dottrina conformemente si v. GUZZO e M. LUCHETTI, *Concessioni demaniali e disciplina edilizia: sistemi convergenti o insanabile distonia?*, su LexItalia.it, 2017, 22: "In questa direzione non determina la precarietà dell'opera - e richiede, pertanto, il permesso di costruire - il carattere stagionale ossia l'utilizzo annualmente ricorrente della struttura stessa, potendo quest'ultima essere destinata a soddisfare bisogni non provvisori attraverso la permanenza nel tempo della sua funzione (la stagionalità, dunque, qualora sia al servizio di un'attività perdurante nel tempo va qualificata costruzione ai sensi del "Testo Unico dell'Edilizia"). Inoltre, il carattere di precarietà di una costruzione non va desunto dalla possibile, facile e rapida amovibilità dell'opera, ovvero dal tipo più o meno fisso del suo ancoraggio al suolo, ma dal fatto che la costruzione appaia destinata a soddisfare una necessità contingente ad essere poi prontamente rimossa. I principi riportati inducono a ritenere che nel caso in cui si tratti di attività svolta ciclicamente mediante l'installazione stagionale di strutture amovibili (chioschi, manufatti leggeri, gazebo, etc.), non solo occorra il titolo edilizio espresso (permesso di costruire) per l'installazione delle medesime ma anche e soprattutto gli eventuali nulla osta ed autorizzazioni rilasciati dalle Autorità, a vario titolo, preposte a gestire i vincoli gravanti sull'area interessata".

⁴⁷ Art 953 cod. civ.: "Se la costituzione del diritto è stata fatta per un tempo determinato, allo scadere del termine il diritto di superficie si estingue e il proprietario del suolo diventa proprietario della costruzione".

disposizioni del codice civile, in forza del quale *“Ove manchino disposizioni del diritto della navigazione e non ve ne siano di applicabili per analogia, si applica il diritto civile”*⁴⁸.

Al termine del rapporto concessorio il trasferimento della proprietà dell’opera in capo allo Stato è subordinato al verificarsi di alcune condizioni desumibili dall’art. 49 cod. nav. secondo cui: *“Salvo che non sia diversamente stabilito nell’atto di concessione, quando venga a cessare la concessione, le opere non amovibili costruite sulla zona territoriale, restano acquisite allo Stato, senza alcun compenso o rimborso, salva la facoltà dell’autorità concedente di ordinarne la demolizione con la restituzione del bene demaniale nel pristino stato. In quest’ultimo caso, ove il concessionario non esegua l’ordine di demolizione, può provvedervi d’ufficio a termini dell’articolo 54”*.

Dalla lettura della citata disposizione possono evidenziarsi i presupposti necessari per avere l’effetto incrementale della proprietà: l’assenza, nell’atto di concessione, di una disposizione che neghi il passaggio della proprietà; la cessazione del rapporto concessorio; l’inamovibilità dell’opera; l’assenza dell’ordine dell’autorità concedente di demolire l’opera⁴⁹. Va ricordato che l’art. 49 del cod. nav. è stato recentemente scrutinato dalla CGUE innanzi alla quale la Sez. VII del Consiglio di Stato, con ordinanza n. 8010 del 15 settembre del 2022 (a cui ha fatto seguito, dopo i chiarimenti richiesti dalla Corte di Giustizia UE, anche l’ordinanza 8184 del 6 settembre 2023), resa nel giudizio R.G. n. 8915 del 2021, ha sollevato, ai sensi dell’art. 267 del T.F.U.E., la questione pregiudiziale di interpretazione *“se gli artt. 49 e 56 TFUE ed i principi desumibili dalla sentenza Laezza (C- 375/14) ove ritenuti applicabili, ostino all’interpretazione di una disposizione nazionale quale l’art. 49 cod. nav. nel senso di determinare la cessione a titolo non oneroso e senza indennizzo da parte del concessionario alla scadenza della concessione quando questa venga rinnovata, senza soluzione di continuità, pure in forza di un nuovo provvedimento, delle opere edilizie realizzate sull’area demaniale facenti parte del complesso di beni organizzati per l’esercizio dell’impresa balneare, potendo configurare tale effetto di immediato incameramento una restrizione eccedente quanto necessario al conseguimento dell’obiettivo effettivamente perseguito dal legislatore nazionale e dunque sproporzionato allo scopo”*. I giudici del Lussemburgo, all’esito della causa C-598/22,

⁴⁸ Cassazione civile sez. un., 13/02/1997, n.1324.

⁴⁹ Si v. GUZZO e M. LUCHETTI, *Concessioni demaniali e disciplina edilizia: sistemi convergenti o insanabile distonia?*, su LexItalia.it, 2017, 9.

con sentenza 11 luglio 2024⁵⁰ hanno chiarito che l'art. 49 del cod. nav. non si pone in contrasto con l'art. 49 del TFUE giacché quest'ultima norma *“non osta ad una norma nazionale secondo la quale, alla scadenza di una concessione per l'occupazione del demanio pubblico e salva una diversa pattuizione nell'atto di concessione, il concessionario è tenuto a cedere, immediatamente, gratuitamente e senza indennizzo, le opere non amovibili da esso realizzate nell'area concessa, anche in caso di rinnovo della concessione”*. La *ratio* del principio va rinvenuta nel fatto che l'art. 49 del cod. nav. chiarisce a monte che, alla scadenza della concessione e salvo che sia diversamente stabilito nell'atto di concessione, le opere non amovibili costruite dal concessionario saranno incamerate immediatamente e senza compensazione finanziaria nel demanio pubblico marittimo recentemente decisa dai giudici lussemburghesi. Dunque, tutti gli operatori economici dell'Ue si trovano ad affrontare la medesima preoccupazione, che è quella di sapere se sia economicamente sostenibile presentare la propria candidatura e sottoporre un'offerta ai fini dell'attribuzione di una concessione sapendo che, alla scadenza di quest'ultima, le opere non amovibili costruite saranno acquisite al demanio pubblico. In questa ottica non è rinvenibile alcuna violazione dell'art. 49 del TFUE da parte dell'art. 49 del cond. nav. che non ha lo scopo di disciplinare le condizioni relative allo stabilimento di tutti gli operatori economici interessati, ma soltanto quello di stabilire le conseguenze che discendono dalla scadenza della concessione demaniale rilasciata ossia che le opere non amovibili verranno acquisite al demanio pubblico.

Per completezza di trattazione del tema va ricordato che la recente legge n. 166/2024⁵¹, che ha disciplinato in modo organico l'intero comparto delle concessioni demaniali marittime di natura turistico-ricreative, ha previsto un regime sanzionatorio leggermente diverso e di maggior favor per i manufatti amovibili.

Infatti, l'articolato in parola ha aggiunto all'art. 3 della legge n. 118/2022 l'art. 3 *bis* a tenore del quale: *“i titolari delle concessioni demaniali marittime per l'esercizio delle attività turistico-ricreative e dei punti di approdo con finalità turistico-ricreative in cui sono installati manufatti amovibili di cui alla lettera e.5) del comma 1 dell'articolo 3 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, possono, in vigore del titolo concessorio e ferma restando la corresponsione del relativo canone, fino alla*

⁵⁰Per una consultazione integrale del testo della sentenza 11 luglio 2024 della CGUE si rinvia al sito curia.europa.eu.

⁵¹ Si tratta della legge di conversione del d.l. n. 131/2024, pubblicata sulla G.U. n. 267 del 14 novembre 2024, recante: *“Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi derivanti da atti dell'Unione europea e da procedure di infrazione e pre-infrazione pendenti nei confronti dello Stato italiano”*.

data di aggiudicazione delle procedure selettive avviate ai sensi dell'articolo 1, comma 1, lettera a), numero 1.1), secondo periodo, del decreto-legge 16 settembre 2024, n. 131, mantenere installati i predetti manufatti anche nel periodo di sospensione stagionale dell'esercizio delle attività turistico-ricreative. Sono fatti salvi eventuali provvedimenti di demolizione adottati prima della data di entrata in vigore della presente disposizione”.

6. Lo spinoso tema dell'indennità di avviamento del concessionario uscente

Un aspetto intimamente connesso all'uso dell'area oggetto di concessione demaniale mediante la realizzazione di strutture (precarie o stabili) è indubbiamente l'avviamento spettante al concessionario uscente legato anche agli investimenti realizzati nel corso del rapporto concessorio.

Non a caso, la tutela degli investimenti effettuati dal concessionario durante lo svolgimento dell'attività è uno dei temi più controversi nell'ambito delle concessioni demaniali marittime.

Come visto, spesso il concessionario deve realizzare interventi funzionali al proficuo esercizio dell'attività e, in alcuni casi, è addirittura l'amministrazione concedente a subordinare il rilascio e il perdurare della concessione alla realizzazione, da parte del concessionario, di determinate opere⁵².

Da tener presente, inoltre, che allo scadere della concessione le opere inamovibili restano acquisite allo Stato senza alcun compenso o rimborso⁵³.

Si è posto quindi il problema di riconoscere al concessionario uscente una tutela per gli investimenti effettuati nonché per l'“avviamento” maturato in forza dell'attività imprenditoriale svolta utilizzando il bene concesso⁵⁴.

Così, diverse leggi regionali (L. della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia 21 aprile 2017, n. 10; L. reg. Toscana 31/2016; L. reg. del Veneto 4 novembre 2002, n. 33.) introdussero l'obbligo in capo al concessionario subentrante di corrispondere al concessionario uscente un “indennizzo” che teneva conto sia della quota parte degli

⁵² Art 47, comma 1, lett. a, cod. nav.

⁵³ Art. 49 cod. nav.

⁵⁴ Sulla definizione di “avviamento” si v. G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, XVI, Utet Giuridica, Vicenza, pag. 162: “Il collegamento dei beni in funzione di uno scopo produttivo ha un valore economico in sé e per sé, indipendentemente dal valore dei beni su cui si attua: valore economico che si designa come avviamento d'azienda. [...] nel nostro ordinamento giuridico si ha il solo riconoscimento di un limitato diritto a compenso per quell'aumento di valore che è apportato ai locali in conseguenza dell'esplicarsi in essi di una attività imprenditrice (artt. 34 e 35 della legge 27 luglio 1978, n. 392, la cd. Legge sull'equo canone)”.

investimenti non ammortizzati, sia del valore commisurato all'avviamento maturato in forza dell'attività imprenditoriale svolta utilizzando il bene concesso in uso⁵⁵.

Nondimeno, le disposizioni regionali menzionate sono state tutte sottoposte al vaglio della Corte Costituzionale, la quale ne ha sancito l'illegittimità costituzionale per contrasto con l'articolo 117, comma 2, lett. e della Costituzione⁵⁶.

Le pronunce della Corte Costituzionale si soffermano sulla evenienza che i criteri e le modalità di affidamento delle concessioni siano stabiliti nell'osservanza del principio della "tutela della concorrenza", come predisposto dall'ordinamento nazionale e sovranazionale. La previsione dell'"obbligo di indennizzo" a capo del concessionario subentrante e a favore dell'uscente, invece, influisce negativamente sulle prospettive di acquisizione della concessione, rappresentando una delle componenti del costo dell'affidamento. Inoltre, incide sulle possibilità di accesso al mercato di riferimento e sulla uniforme regolamentazione dello stesso, potendo costituire, per le imprese diverse dal concessionario uscente, un disincentivo alla partecipazione al concorso che porta all'affidamento⁵⁷.

Dato che l'"obbligo di indennizzo", come appena visto, incide direttamente (tra l'altro in maniera negativa) sulla "tutela della concorrenza", è da escludersi un qualsiasi intervento legislativo regionale, essendo rimesso questo ambito alla legislazione esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. e della Costituzione⁵⁸.

Il problema della tutela degli investimenti del concessionario uscente, e quindi del suo legittimo affidamento, è strettamente collegata alla durata della concessione. Infatti, prevedendo una concessione di lunga durata, si dà la possibilità al concessionario di far fruttare maggiormente i propri investimenti. Tuttavia, quanto più la concessione è lunga nella durata, tanto maggiormente si comprimono la possibilità di accesso al mercato dei terzi interessati ad ottenere la concessione. La suddetta questione, che investe direttamente il regime delle proroghe delle concessioni demaniali marittime, ha sollevato una serie di criticità con riferimento ai principi comunitari posti a tutela della concorrenza che saranno ampiamente affrontate nei paragrafi successivi.

Lo stesso tema del "ristoro" del concessionario uscente è stato oggetto di particolare cura da parte dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato durante la stesura delle due

⁵⁵ Art. 49, L. reg. Friuli-Venezia Giulia n. 10/2017; art. 54 della l. reg. del Veneto 4 novembre 2002, n. 33; art.2, co.1, lett. c e d L.R. Toscana 31/2016;

⁵⁶ Corte cost., 30/05/2018, n.109; Corte cost., 07/07/2017, n.157; Corte cost. n. 40 del 2017. Ha ritenuto rilevante la questione di legittimità costituzionale degli art. 54, commi da 2 a 5, L. reg. n. 33/2002, T.A.R. Venezia, sez. I, 27/05/2019, n.651.

⁵⁷ Corte Cost., 07/07/2017, n.157.

⁵⁸ Corte cost., 30/05/2018, n.109; Corte cost., 07/07/2017, n.157; Corte cost. n. 40 del 2017.

sentenze nn. 17 e 18 del 2021 di cui si tratterà di diffusamente nel prosieguo del capitolo.

Successivamente, per effetto del varo della legge n. 118/2022 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021)⁵⁹, furono individuate alcune linee guida che orientassero il legislatore delegato a definirne i contenuti.

In particolare, l'art. 4 - comma 2 lett. c) – dell'articolato in parola prevedeva che la futura disciplina organica delle concessioni demaniali marittime di natura turistico ricreativa, da licenziarsi con decreti legislativi da emanarsi nei successivi sei mesi, garantisse espressamente *“in sede di affidamento della concessione, e comunque nel rispetto dei criteri previsti dal presente articolo, adeguata considerazione degli investimenti, del valore aziendale dell'impresa e dei beni materiali e immateriali, della professionalità acquisita anche da parte di imprese titolari di strutture turistico-ricettive che gestiscono concessioni demaniali, nonché valorizzazione di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori, della protezione dell'ambiente e della salvaguardia del patrimonio culturale”*.

Sfortunatamente tale previsione non è mai stata calata all'interno di un organico testo unico compilato sulla base dei principi posti dalla legge n. 118/2022 giacché la delega è decaduta non essendo stata esercitata dal Governo nel termine dei sei mesi assegnati dal Parlamento.

L'attuale impianto regolatorio, dato dalla legge n. 166/2024, di conversione del d.l. n. 131/2024, appare molto più restrittivo visto che l'art. 1, comma 9, prevede che l'indennizzo a carico del concessionario subentrante sia *“pari al valore degli investimenti effettuati e non ancora ammortizzati al termine della concessione, ivi compresi gli investimenti effettuati in conseguenza di eventi calamitosi debitamente dichiarati dalle autorità competenti ovvero in conseguenza di sopravvenuti obblighi di legge, al netto di ogni misura di aiuto o sovvenzione pubblica eventualmente percepita e non rimborsata, nonché pari a quanto necessario per garantire al concessionario uscente un'equa remunerazione sugli investimenti effettuati negli ultimi cinque anni, stabilita sulla base di criteri previsti con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da adottare entro il 31 marzo 2025. Il valore degli investimenti effettuati e non ammortizzati e di quanto necessario a garantire un'equa remunerazione, ai sensi del primo periodo, e'*

⁵⁹ Si tratta della Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 pubblicata sulla GU n.188 del 12.8.2022. Per una lettura del testo si rinvia a www.lexitalia.it n. 8/2022.

determinato con perizia acquisita dall'ente concedente prima della pubblicazione del bando di gara, rilasciata in forma asseverata e con esplicita dichiarazione di responsabilità da parte di un professionista ovvero di un collegio di professionisti nominati dal medesimo ente concedente tra cinque nominativi indicati dal Presidente del Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili”.

7. L’evoluzione legislativa e giurisprudenziale prima delle sentenze dell’AP del Consiglio di Stato del 2021 e della legge n. 118/2022

Venendo alla ricostruzione diacronica del tessuto normativo che disciplina le concessioni demaniali marittime, la primitiva norma fu quella contenuta nell’articolo 1 del d.l. 5 ottobre 1993, n. 400⁶⁰, inserito dalla legge di conversione 4 dicembre 1993, n. 494, che nel testo originario al comma 1 disponeva: “(...) *La concessione dei beni demaniali marittimi può essere rilasciata, oltre che per servizi pubblici e per servizi e attività portuali e produttive, per l’esercizio delle seguenti attività: a) gestione di stabilimenti balneari; b) esercizi di ristorazione e somministrazione di bevande, cibi precotti e generi di monopolio; c) noleggio di imbarcazioni e natanti in genere; d) gestione di strutture ricettive ed attività ricreative e sportive; e) esercizi commerciali; f) servizi di altra natura e conduzione di strutture ad uso abitativo, compatibilmente con le esigenze di utilizzazione di cui alle precedenti categorie di utilizzazione (...)*”. Lo stesso articolo 1, al comma 2, in aggiunta, disponeva, in tema di durata, che “(...) *Le concessioni di cui al comma 1, indipendentemente, dalla natura o dal tipo degli impianti previsti per lo svolgimento delle attività, hanno durata di quattro anni; possono comunque avere durata differente su richiesta motivata degli interessati (...)*”. La norma in tema di durata venne successivamente modificata per effetto dell’**articolo 10 della legge 16 marzo 2001, n. 88⁶¹**, che riscrisse **il comma 2 dell’articolo 1**, nel senso che: “(...) *Le concessioni di cui al comma 1, 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 (...)*”. Successivamente, **il comma 2 dell’articolo 1 della legge n. 493/94 fu abrogato dall’articolo 11, comma 1 lettera a), della legge**

⁶⁰ Si tratta del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito nella legge del 4 dicembre 1993, n. 494, recante: “Disposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime”, pubblicata in *GU Serie Generale* n.285 del 04-12-1993. Per una consultazione integrale dei testi di legge si rinvia al sito istituzionale www.parlamento.it.

⁶¹ Si tratta del testo di legge recante “Nuove disposizioni in materia di investimenti nelle imprese marittime”, in *G.U. Serie Generale* n. 78 del 03.04.2001.

del 15 dicembre 2011, n. 217⁶². Com'è noto, il **regime di proroga automatica delle concessioni, nel tempo, ha sollevato dubbi di compatibilità con le norme del Trattato europeo** e, in particolare, con l'art. 43 in tema di libertà di stabilimento; dubbi che sono confluiti nella procedura di infrazione n. 2008/4908⁶³, nella conseguente trasmissione alla Rappresentanza permanente d'Italia presso l'Unione Europea della nota del 29 gennaio 2009 del Segretariato Generale, che invitava a presentare osservazioni, e nella successiva nota 4 agosto 2009 della Commissione europea, la quale, indirizzata al Dipartimento delle politiche comunitarie presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, ha invitato l'Italia a far conoscere il calendario relativo all'adozione degli atti indispensabili ad uniformare l'ordinamento nazionale a quello europeo. In tale contesto, il Governo italiano ha emanato il **d.l. del 30 dicembre 2009, n. 194⁶⁴**, convertito nella **legge 26 febbraio 2010, n. 25, che, all'art. 1 comma 18**, originariamente disponeva: “(...) *Ferma restando la disciplina relativa all'attribuzione di beni a regioni ed enti locali in base alla legge 5 maggio 2009, n. 42, nonché alle rispettive norme di attuazione, nelle more del procedimento di revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico-ricreative, da realizzarsi, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento di tali concessioni, sulla base di intesa in sede di Conferenza Stato-regioni ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, che è conclusa 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 all'articolo 37, secondo comma, secondo periodo, del codice della navigazione, che è soppresso dalla data di entrata in vigore del presente decreto, il termine di durata delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto e in scadenza entro il 31*

⁶²Si tratta della legge recante “Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee” - Legge comunitaria 2010, in *GU Serie Generale n.1 del 2.1.2012*.

⁶³Nel febbraio del 2009 la Commissione europea ha avviato una procedura d'infrazione nei confronti dell'Italia, censurando il fatto che la legislazione interna prevedesse che l'attribuzione delle concessioni demaniali marittime per finalità ricreative (le concessioni per stabilimenti balneari) fosse basata su un sistema di preferenza per il concessionario uscente, che portava ad un sostanziale rinnovo automatico delle concessioni esistenti. Con la lettera di messa in mora di avvio della procedura, la Commissione ha contestato la contrarietà di tale sistema all'art. 43 dell'allora Trattato CE (ora art. 49 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, TFUE), relativo alla libertà di stabilimento nel mercato interno.

⁶⁴Si tratta del decreto-legge del 30 dicembre 2009, n. 194, in *Gazzetta Ufficiale serie generale - n. 302 del 30 dicembre 2009, convertito nella legge del 26 febbraio 2010, n. 25, recante: “Proroga di termini previsti da disposizioni legislative”*. Per una consultazione integrale dei testi di legge si rinvia al sito istituzionale www.parlamento.it.

dicembre 2012 è prorogato fino a tale data (...)". Di poi, la scadenza del 31 dicembre 2012 è stata ulteriormente prorogata al **31 dicembre 2015** per effetto dell'**art. 1, comma 1, della legge del 26 febbraio 2010, n. 25**. Conseguentemente, il testo del comma 18 del d.l. n. 194/2009 è stato così modificato: "(...) *Ferma restando la disciplina relativa all'attribuzione di beni a regioni ed enti locali in base alla legge 5 maggio 2009, n. 42, nonché alle rispettive norme di attuazione, nelle more del procedimento di revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico-ricreative, da realizzarsi, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento di tali concessioni, sulla base di intesa in sede di Conferenza Stato-regioni ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, che è conclusa 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 all'articolo 37, secondo comma, secondo periodo, del codice della navigazione ... il termine di durata delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto e in scadenza entro il 31 dicembre 2015 è prorogato fino a tale data, fatte salve le disposizioni di cui all'articolo 03, comma 4-bis, del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494. All'articolo 37, secondo comma, del codice della navigazione, il secondo periodo è soppresso (...)*". Successivamente, l'**articolo 34 duodecies del d.l. n. 179/2012**⁶⁵, introdotto dalla legge di conversione n. 221/2012, posticipò tale limite temporale al **31.12.2020**. Infine, l'articolo 1, commi 675-682, della legge del 30 dicembre 2018, n. 145 (legge di bilancio per l'anno finanziario 2020 e di bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021)⁶⁶, ha posto le basi per un *restyling* di tutta la disciplina delle concessioni demaniali marittime la cui definizione è stata rimessa ad un **Dpcm** da emanarsi entro il **1° maggio 2019**, termine, peraltro, ordinatorio e non perentorio. Tale decreto, mai licenziato, avrebbe dovuto stabilire tempi e modalità per la generale revisione delle concessioni demaniali rimanendo prorogate, *medio tempore*, tutte le concessioni in essere al **1.1.2019** fino al **31.12.2033**

⁶⁵Si tratta del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, pubblicato nel supplemento ordinario n. 194/L alla Gazzetta Ufficiale 19 ottobre 2012, n. 245), convertito nella legge del 17 dicembre 2012, n. 221, pubblicata in Gazzetta Ufficiale del 19 dicembre 2012, n. 208, recante: "Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese".

⁶⁶Si tratta della legge di Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021 pubblicata in G.U., Supplemento Ordinario n. 62/L del 31 dicembre 2018. Per una consultazione integrale del testo di legge si rinvia a www.lexitalia.it n. 12/2018.

per effetto della proroga di **anni 15** prevista dal Legislatore. Vale la pena ricordare che la stessa legge n. 145/2018 ha anche previsto (**articolo 1 - comma 246**) che fino al riordino della materia i **titolari di concessioni demaniali marittime** ad uso turistico ricreativo possono **mantenere installati i manufatti amovibili fino al 31 dicembre 2020** (data di scadenza delle concessioni in essere al 2015). Al riguardo, giova ricordare che il Consiglio di Stato⁶⁷ ha ancora una volta sottolineato che il *rinnovo* della concessione integra gli estremi di una nuova concessione che si sostituisce alla precedente scaduta, a differenza delle *proroghe* che determinano il **prolungamento** delle concessioni - senza soluzione di continuità - della durata della concessione in essere. Le conclusioni cui sono approdati i Giudici di Palazzo Spada evidenziano che, decorso il termine di durata, scaduta la concessione demaniale marittima originaria, si verifica *ipso iure*, per l'art. 49 del Codice della navigazione, la devoluzione allo Stato: e questo comporta che, malgrado il *rinnovo* della concessione, le opere non agevolmente rimuovibili realizzate dal concessionario nel corso della sua concessione - poi oggetto di *rinnovo* - sono senz'altro acquisite al demanio, *ex lege*. L'atto amministrativo di acquisizione o di incameramento è dunque solo **dichiarativo** di una vicenda traslativa ormai in realtà conclusa. Ne segue che il *rinnovo* della concessione non posticipa la traslazione della proprietà, la quale già si è realizzata in via automatica alla scadenza del termine di durata della precedente concessione. Per quanto concerne lo spinoso tema del rinnovo automatico delle concessioni demaniali, in origine previsto dal citato articolo 1, comma 2, e s. m. ed integrazioni della legge n. 493/94 pare opportuno ricordare che, a seguito della procedura d'infrazione n. 2008/4908, aperta dalla Commissione europea nei confronti dell'Italia per incompatibilità della norma citata con l'articolo 43 del Trattato istitutivo della Comunità europea sulla libertà di stabilimento, fu adottato l'articolo 1, comma 18, d.l. 30 dicembre 2009, n. 194 (*Proroga di termini previsti da disposizioni legislative*), convertito con modificazioni dalla l. 26 febbraio 2010, n. 25. Come cennato, questa norma dispose l'abrogazione del "*diritto di insistenza*" codificato dall'art. 37 del Codice della navigazione. Inoltre, fu previsto - in ragione della entità e rilevanza economica delle opere realizzate dal concessionario - la durata delle concessioni, tra sei e venti anni, prevedendo una proroga al 31 dicembre 2015 per le concessioni per finalità turistico-ricreative, in scadenza prima del 31.12.2009. Per chiudere la procedura di infrazione n. 2008/4908 e dare organica sistematicità alla

⁶⁷Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza del 3 dicembre 2018 n. 6853. Per una consultazione integrale del testo della sentenza si rinvia al sito www.giustizia-amministrativa.it.

materia, l'art. 11 (*Modifiche al decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494. Procedura di infrazione n. 2008/4908. Delega al Governo in materia di concessioni demaniali marittime*) della l. 15 dicembre 2011, n. 217 (*Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2010*) ha abrogato il rinnovo sessennale automatico previsto dall'art. 1, comma 2, d.l. n. 400 del 1993. Sicché è venuto meno il rinnovo automatico e tacito delle concessioni demaniali. Del resto, il Consiglio di Stato⁶⁸, anche recentemente, ha rilevato che la normativa interna che prevede proroghe *ex lege* di concessioni scadute va contro principi di diritto eurounitario. La giurisprudenza amministrativa si è omologata alla decisione del 14 luglio 2016⁶⁹ con cui la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha statuito: “(...) *L'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati. L'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo (...)*”. Ciò determina l'illegittimità di tutte le proroghe automatiche disposte dal Legislatore interno a cominciare dall'articolo 1 (*Proroga di termini tributari, nonché in materia economico-finanziaria*), comma 18, d.l. 30 dicembre 2009, n. 194 (*Proroga di termini previsti da disposizioni legislative*), convertito con modificazioni dalla l. 26 febbraio 2010, n. 25,

⁶⁸Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza del 28 febbraio 2018 n. 1219. Per Una consultazione integrale del testo della sentenza si rinvia al sito istituzionale www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁹Si tratta della sentenza della Corte di Giustizia n. C 458/14 e C-67/15, del 14 luglio 2016, a tenore della quale: “(...) 1) *L'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati. 2) L'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo (...)*”. Per una consultazione integrale del testo si rinvia al sito istituzionale curia.europa.eu.

passando per l'articolo 24 (*Misure urgenti per il patrimonio e le attività culturali e turistiche*), comma 3-*septies*, d.l. 24 giugno 2016, n. 113 (*Misure finanziarie urgenti per gli enti territoriali e il territorio*), convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2016, n. 160, fino ad arrivare alla proroga da ultimo prevista dagli articoli 675-684 della legge n. 145/2018; proroghe tutte soggette alle stesse censure di illegittimità per violazione del diritto comunitario ben evidenziate dall'AP del Consiglio di Stato con le note sentenza nn. 17 e 18 del 2021 su cui si ritornerà più avanti. In questa sede è possibile anticipare che tali norme integrano una sostanziale elusione degli obblighi di adeguamento della normativa interna che discendono dalla citata sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 14 luglio 2016, n. 458/14-67/15, secondo la quale l'articolo 49 TFUE va interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo. In altre parole, le norme in parola reintrodurrebbero, di fatto, un rinnovo automatico delle concessioni scadute al dichiarato scopo di mantenere validi ed efficaci i rapporti già instaurati e pendenti in base all'art. 1, comma 18, del d.l. 194 del 2009, convertito in legge n. 25 del 2010, ed ancora efficaci al 1 gennaio 2019. Va da ultimo precisato che il fuoco di applicazione della sentenza della Corte di giustizia Ue sancisce, in via generale, l'illegittimità di una normativa sulle proroghe *ex lege* della scadenza di concessioni demaniali, perché equivalenti a un rinnovo automatico, il che di suo osta a una procedura selettiva⁷⁰. Aspetto, quest'ultimo, ripreso dal Consiglio di Stato nelle citate sentenze dell'AP del 2021. In linea con l'orientamento da ultimo riportato, si segnala anche una recente pronuncia della Suprema Corte di cassazione, Sezione penale⁷¹, che ha confermato il principio a tenore del quale la proroga automatica delle concessioni demaniali (in particolare di quelle marittime) è radicalmente illegittima in quanto in contrasto con il quadro normativo comunitario in vigore e i relativi atti amministrativi vanno **disapplicati**, con tutte le conseguenze, anche in ambito penale. Dunque, la giurisprudenza è ormai costante nel ritenere illegittima ogni ipotesi di proroga automatica in materia, in quanto manifestamente in contrasto con la direttiva 2006/123/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio. Ciononostante, si registrano, ancora oggi, sortite del Legislatore interno che vanno

⁷⁰ In questo senso G. GUZZO, E. DEL GRECO, "La disciplina europea delle concessioni demaniali" in www.lexitalia.it n. 7/2019.

⁷¹ Si tratta della sentenza della Corte di cassazione, Sez. III, n. 29105 del 21.10.2020. Per una consultazione integrale del testo si rinvia al sito istituzionale www.cortedicassazione.it.

chiaramente nella direzione di una, ancorché breve, proroga automatica delle concessioni demaniali in scadenza. Infatti, in origine, l'art. 182, comma 2, del decreto-legge n. 34/2020 (c.d. "decreto Rilancio")⁷², come convertito nella legge n. 77/2020⁷³, ha valorizzato, confermandola, la proroga automatica di cui alla legge n. 145/2018 dando la stura ad una serie di provvedimenti regionali tutti indirizzati nella direzione della dilatazione della durata delle concessioni demaniali in essere al 31.12.2033. Di seguito, la ben più recente legge n. 118/2022⁷⁴, all'art. 3, comma 3, ha previsto che le concessioni demaniali marittima di natura turistico-ricreativa, *"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 e' comunque legittima anche in relazione all'articolo 1161 del codice della navigazione"*.

Tutto questo stride con gli effetti penali da ultimo evidenziati dalla suprema Corte ed innanzi segnalati e finanche con quanto stabilito dalle due pronunce dell'AP del 2021. Infatti, come già ricordato, la sentenza della Corte di cassazione del 21 ottobre 2020, n. 29105, ha confermato con forza la necessità della disapplicazione della normativa nazionale e regionale che preveda la proroga tacita delle concessioni demaniali, con particolare riferimento a quelle marittime, perché in insanabile contrasto con la direttiva 2006/123/UE del Parlamento europeo e del Consiglio. L'arresto in discorso segue da vicino la precedente sentenza della stessa **Corte di cassazione n. 25993 del 12 luglio 2019**⁷⁵ che aveva stabilito che la proroga legale prevista in passato dall'art. 1, comma 18, del decreto-legge n. 194/2009, convertito nella legge n. 25/2010, per le concessioni demaniali marittime *"(...) presuppone la titolarità di una concessione demaniale valida ed efficace (Sez. 3, n. 32966 del 02/05/2013, Vita, Rv. 256411; Sez. 3, n. 33170 del 09/04/2013, Giudice, Rv. 257261)"*, soggiungendo, inoltre, che *"(...) ai fini della integrazione della fattispecie di occupazione del demanio marittimo, sono soggette a*

⁷² Per una consultazione integrale del testo di legge in parola si rinvia a www.lexitalia.it n. 5/2020.

⁷³ Per una consultazione integrale del testo di legge in parola si rinvia a www.lexitalia.it n. 7/2020.

⁷⁴ Si tratta della legge del 5.8.2022 rubricata "Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021" entrata in vigore il 27.08.2022, ad eccezione dell'art. 31 che è entrato in vigore l'1.1.2023. Il testo di legge è stato pubblicato sulla G.U. n. 188 del 12.8.2022.

⁷⁵ Per una consultazione integrale del testo della sentenza si rinvia al sito istituzionale www.cortedicassazione.it.

*disapplicazione le disposizioni normative che prevedono proroghe automatiche di concessioni demaniali marittime, in quanto violano l'art. 117, primo comma, Cost., per contrasto con i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario in tema di diritto di stabilimento e di tutela della concorrenza (Sez.3,n.7267 del 09/01/2014,dep.14/02/2014, Rv.259294; Sez.3, n.21281 del 16/03/2018, Rv.273222)". Dal che ne discende che le proroghe stabilite per legge non si applicano alle concessioni precedenti alla legge n. 88 del 2001 che ha abolito il meccanismo del rinnovo automatico. È interessante sottolineare come gli Ermellini abbiano ricordato che "(...) la Corte di giustizia ha definito la questione esprimendo inequivocabilmente il principio secondo il quale le concessioni demaniali marittime non possono essere automaticamente rinnovate; una siffatta procedura contrasterebbe con il principio della libertà di stabilimento, di non discriminazione e di tutela della concorrenza, di cui agli articoli 49, 56 e 106 del TFUE. Inoltre, a parere della Corte, l'art. 12 della direttiva 2006/123/UE del Parlamento europeo e del Consiglio (c.d. direttiva Bolkestein) stabilisce che il rilascio delle concessioni demaniali marittime e lacuali deve necessariamente avvenire attraverso una gara pubblica che consenta a tutti gli operatori economici di inserirsi nel mercato. Da quanto precede risulta che l'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123 deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati (...)". La pronuncia innanzi riportata è sovrapponibile alla **sentenza del 15 marzo 2019, n. 1707**⁷⁶ del Consiglio di Stato, a dimostrazione della pervicace incoerenza normativa formatasi anche successivamente a tali arresti. Infatti, i giudici di Palazzo Spada, con la pronuncia in questione, avevano, all'epoca, recepito *in toto* l'orientamento della giurisprudenza europea sottolineando che "(...) secondo la giurisprudenza comunitaria, le attività imprenditoriali private svolte sui beni demaniali/patrimoniali indisponibili non possono mai essere considerate concessioni di servizi, poiché la concessione di servizi è caratterizzata, in particolare, 'da una situazione in cui un diritto di gestire un servizio determinato viene trasferito da un'autorità aggiudicatrice ad un concessionario' (punto 46); al contrario le attività imprenditoriali private svolte sui beni pubblici 'vertono non su una prestazione di servizi determinata dell'ente*

⁷⁶ Per una consultazione integrale del testo della sentenza si rinvia al sito istituzionale www.giustizia-amministrativa.it.

aggiudicatore, bensì sull'autorizzazione a esercitare un'attività economica in un'area demaniale. Ne risulta che le concessioni ... non rientrano nella categoria delle concessioni di servizi' (punto 47)". L'inevitabile corollario che discende dalla giurisprudenza europea e nazionale (sia penale che amministrativa) è che le concessioni demaniali marittime non possono essere oggetto di automatico rinnovo perché una tale pratica violerebbe apertamente il principio comunitario della libertà di stabilimento, di non discriminazione e di tutela della concorrenza (artt. 49, 56 e 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea – TFUE), mentre il rilascio delle concessioni demaniali marittime e lacuali, a fini turistico-ricreativi (c.d. “concessioni balneari”), deve necessariamente avvenire a seguito di una procedura ad evidenza pubblica nel rispetto dell'art. 12 della direttiva 2006/123/UE del Parlamento europeo e del Consiglio. Questo lo stato dell'arte. Ciononostante, il legislatore italiano con il d.l. n. 118/2022 ha, prima, prorogato la durata delle concessioni demaniali marittime al 31 dicembre 2024, nel caso oggettive difficoltà avessero impedito di aggiudicare le gare entro il 31 dicembre 2023 (proroga tecnica), poi, con d.l. n. 198/2023, convertito con modifiche nella legge n. 14/2024, ha differito la scadenza dei titoli concessori al 31 dicembre 2025 ed infine con il d.l. n. 131/2024, convertito con modifiche nella legge n. 166/2024, modificando i commi 1-3 dell'art. 3 della legge n. 118/2022, ha ulteriormente spostato in avanti il termine di scadenza delle concessioni demaniali al 30 settembre 2027 o, nel caso in cui ricorrano determinate condizioni, addirittura al 31 marzo 2028, questa volta però con la “benedizione” della Commissione europea. Per completezza di trattazione, vale la pena sottolineare che alcune pronunce di giudici amministrativi e penali hanno assunto dei toni un po' diversi declinando in altro modo i principi euro-unitari attraverso la valorizzazione del principio del “legittimo affidamento” o della “buona fede” a cui compie un richiamo il paragrafo 56 della più volte citata sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 2016. Infatti, la sentenza della CGUE, in motivazione, ha precisato che le Autorità nazionali possano adottare soluzioni fondate sulla tutela del “legittimo affidamento” dei concessionari; tali soluzioni richiedono “(...) **una valutazione caso per caso che consenta di dimostrare che il titolare dell'autorizzazione poteva legittimamente aspettarsi il rinnovo della propria autorizzazione e ha effettuato i relativi investimenti (...)**”. In questo solco si è inserito il Consiglio di Stato con la sentenza del 18 novembre 2019⁷⁷ precisando che “(...) *per completezza d'esame, ritiene di dovere dare conto della circostanza che la più volte*

⁷⁷ Si tratta della sentenza n. 7874/2019. Per una consultazione integrale del testo della sentenza si rinvia al sito istituzionale www.giustizia-amministrativa.it.

*citata sentenza della Corte di giustizia UE, sebbene abbia dichiarato che le disposizioni nazionali che consentono la proroga generalizzata ed automatica delle concessioni demaniali fino al 31 dicembre 2020 contrastano con l'ordinamento comunitario, ha nel contempo però precisato che una proroga di una concessione demaniale è giustificata laddove sia finalizzata a tutelare la **buona fede del concessionario**, ovvero sia qualora questi abbia ottenuto una determinata concessione in un periodo in cui non era ancora stato dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo avrebbero potuto essere soggetti a obblighi di trasparenza (...)*".

Sulla stessa linea si muovono altri plessi giurisdizionali interni, tra i quali la Corte di cassazione penale⁷⁸, secondo la quale "(...) la norma implicherebbe 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. Ed infatti la proroga è applicabile soltanto ad alcune tipologie di concessione, circostanza che impone una verifica da parte della competente amministrazione sul rilievo che la proroga, riguardando una concessione valida ed ancora in essere, presuppone un controllo circa la sussistenza di tale condizione e la permanenza dei requisiti richiesti per il suo rilascio, il che implica, ancora una volta, l'esigenza di una verifica (...)".

Più recentemente il giudice amministrativo di primo grado⁷⁹, analizzando limiti e contenuti della legge n. 145/2018, ha affermato che "(...) la norma nazionale risulta vincolante per la pubblica amministrazione e, nel caso in esame, per il dirigente comunale che sarà tenuto ad osservare la norma di legge interna e ad adottare provvedimenti conformi e coerenti con la norma di legge nazionale. (omissis) La disapplicazione vincolata ed automatica disposta dalle singole pubbliche amministrazioni determinerebbe una situazione caotica ed eterogenea, nonché caratterizzata, in ipotesi, da disparità di trattamento tra gli operatori a seconda del comune riferimento (...)". Gli stessi giudici concludono rilevando che "(...) risulterebbe del tutto illogico ritenere che il potere di disapplicazione della legge nazionale, attribuito prudentemente al Giudice dell'ordinamento interno e dall'ordinamento eurounionale e supportato all'uopo dalla specifica attribuzione di poteri ad esso funzionali e prodromici, si ritenesse viceversa sic et simpliciter attribuito

⁷⁸ Il riferimento è alla sentenza n. 21281/2018. Per una consultazione integrale del testo si rinvia al sito istituzionale www.cortedicassazione.it.

⁷⁹ Si tratta del T.a.r. Puglia, Lecce, con sentenza n. 1321 del 27.11.2020. Per una consultazione integrale del testo si rinvia al sito istituzionale www.giustizia-amministrativa.it.

in via automatica e addirittura vincolata al dirigente comunale che non dispone della possibilità di ricorrere all'ausilio di tale facoltà (...)". Non è secondario ricordare che, in precedenza, altro giudice amministrativo⁸⁰ si è pronunciato su una fattispecie in cui il Comune non si era determinato sulle istanze presentate dall'esponente. In quella occasione i giudici hanno affermato l'illegittimità del silenzio sull'istanza "*(...) di valutare la sussistenza dei presupposti che, in base al richiamato art. 1, commi 682, 683 L. n. 145 del 2018, consentano all'Ente territoriale -in conformità alle indicazioni prescritte dalla Regione Calabria nella circolare prot. n. 86233 del 28.02.2019- di apporre sui citati titoli abilitativi l'inciso "Concessione estesa di validità a tutto il 31.12.2033 ai sensi dell'art. 1 commi 682 e 683 della L. n. 145 del 2018" ovvero a rilasciare un separato provvedimento di estensione fino alla data indicata dalla legge richiamata (...)*".

Tanto a dimostrazione della particolare fluidità degli orientamenti in campo prima delle due pronunce dell'AP del Consiglio di Stato del 2021 nonostante una procedura di infrazione avviata nei confronti dell'Italia nel dicembre del 2020.

8. La procedura di infrazione avviata il 3.12.2020 nei confronti dell'Italia

Come cennato nel precedente paragrafo, lo scorso **3 dicembre 2020**, la Commissione europea ha l'avviato una **nuova procedura di infrazione** nei confronti dell'Italia. La Commissione europea, nella lettera di messa in mora inviata al Governo italiano⁸¹, ha chiesto al nostro Paese di "*garantire trasparenza e parità di trattamento*" nell'assegnazione delle concessioni demaniali marittime. Più nel dettaglio, l'Esecutivo Ue ha rimproverato all'Italia il fatto che la normativa italiana in materia di rilascio di concessioni demaniali marittime "*(...) sia incompatibile con il diritto dell'Ue 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 (...)*"⁸². La norma italiana a cui la Commissione Ue faceva riferimento, ovviamente, era la legge n. 145/2018⁸³ che, come è noto, ha disposto l'estensione delle concessioni balneari fino al 31 dicembre 2033. L'articolato in parola,

⁸⁰Si tratta del T.a.r. Calabria, Catanzaro, con sentenza n. 1742/2019. Per una consultazione integrale del testo si rinvia al sito istituzionale www.giustizia-amministrativa.it.

⁸¹ Per una lettura integrale del comunicato diramato dalla Commissione Ue si rinvia al sito istituzionale ec.europa.eu.

⁸² Per una consultazione del comunicato diramato dalla Commissione Ue si rimanda al sito istituzionale ec.europa.eu.

⁸³Per una consultazione integrale del testo di legge si rinvia a www.lexitalia.it; n. 1/2019.

dunque, è finito sotto la lente di ingrandimento dell'Europa in quanto è apparso, sin da subito, in evidente contrasto sia con la Direttiva 2006/123/UE, concernente la liberalizzazione dei servizi, che con la sentenza della Corte di giustizia europea "Promoimpresa" del 14 luglio 2016, più volte evocata anche dalle pronunce dell'AP del Consiglio di Stato esaminate nell'odierno lavoro, che aveva dichiarato illegittime le proroghe automatiche e generalizzate sulle concessioni balneari. Come già ricordato in precedenza, la sentenza della Corte europea del luglio 2016 riguardava la proroga al 2020 disposta dal governo presieduto da Mario Monti⁸⁴ a cui aveva fatto seguito, nel 2018, una nuova estensione fino al 31 dicembre 2033 sotto il paravento del necessario "periodo transitorio" occorrente per potere attuare una riforma organica del settore che l'allora ministro del turismo Gian Marco Centinaio stava negoziando con Bruxelles. Sfortunatamente la crisi di governo dell'agosto 2019 ha determinato un arresto del viatico che avrebbe dovuto portare all'avvio della riforma con la conseguenza che alla Commissione europea non è rimasta altra via se non quella di iniziare una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia. Stando a quanto si legge nel comunicato stampa divulgato dalla Commissione europea, "(...) *gli Stati membri sono tenuti a garantire che le autorizzazioni, il cui numero è limitato per via della scarsità delle risorse naturali (per esempio le spiagge), siano rilasciate per un periodo limitato e mediante una procedura di selezione aperta, pubblica e basata su criteri non discriminatori, trasparenti e oggettivi. L'obiettivo è fornire a tutti i prestatori di servizi interessati – attuali e futuri – la possibilità di competere per l'accesso a tali risorse limitate, di promuovere l'innovazione e la concorrenza leale e offrire vantaggi ai consumatori e alle imprese, proteggendo nel contempo i cittadini dal rischio di monopolizzazione di tali risorse (...)*", soggiungendo che "(...) *L'Italia non ha attuato la sentenza della Corte di giustizia europea [del 2016] (...)*". Inoltre, non senza un certo quale fastidio, la Commissione non ha mancato di sottolineare che l'Italia "(...) *da allora ha prorogato ulteriormente le autorizzazioni vigenti fino alla fine del 2033 e ha vietato alle autorità locali di avviare o proseguire procedimenti pubblici di selezione per l'assegnazione di concessioni, che altrimenti sarebbero scadute, violando il diritto dell'Unione (...)*". Il monito, dunque, muove anche dal fatto che l'Italia aveva subito una procedura di

⁸⁴Si tratta della proroga introdotta in origine dalla legge n. 25/2010 e successivamente dalla legge n. 221/2012.

infrazione europea sulle concessioni balneari già nel 2009⁸⁵, quando era in vigore il regime di “rinnovo automatico” ogni sei anni al concessionario uscente. In quell’occasione, nel 2010, il “rinnovo automatico” fu abrogato dall’ultimo governo Berlusconi, portando la Commissione Ue a chiudere la procedura di infrazione, e da allora l’Italia è andata avanti con diverse proroghe (prima al 2015, poi al 2020 e infine al 2033) senza mai attuare la promessa (e la necessaria) riforma complessiva sul demanio marittimo in grado di conciliare il diritto europeo con le aspettative degli attuali concessionari e, quindi, con le complessive esigenze di un comparto turistico unico al mondo. Tutto nasce dai rilievi sollevati dalla Corte di giustizia con la sentenza del luglio 2016, espressamente richiamata nella lettera di costituzione in mora del 3 dicembre 2020, e più volte dalle stesse sentenze dell’AP del Consiglio di Stato n. 1 e n. 18 del 2021. La Corte del Lussemburgo, all’epoca, ha evidenziato che: 1) l’articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, deve essere interpretato nel senso che osta una misura nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati e 2) l’articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano “*un interesse transfrontaliero certo*”. Le disposizioni introdotte con l’art. 1, commi 675-684, della legge n. 145/2018, hanno lo scopo, attraverso la proroga al 31.12.2033 delle concessioni in essere al 1.1.2019, di consentire allo Stato italiano di mettere a punto una disciplina organica della materia conforme con il diritto dell’UE. L’assunto trova una puntuale conferma nella previsione di un DPCM, frutto delle proposte del MIT, da redigere sentiti gli altri ministeri coinvolti, a cui viene demandato il compito di individuare i

⁸⁵Si tratta della procedura di infrazione n. 2008/4908 su cui si è innestata la prima proroga introdotta dalla legge di conversione n. 25/2010 del d.l. n. 194/2009 che prorogava fino al 31.12.2015 le concessioni demaniali turistico-ricreative in vigore al 31.12.2009. La durata delle concessioni demaniali marittime di natura turistico-ricreativa fu ulteriormente prorogata al 31.12.2020 dall’articolo 34 *duodecies* del d.l. n. 179/2012, introdotto dalla legge di conversione n. 221/2012. Nel febbraio del 2009 la Commissione europea avviò una procedura d’infrazione nei confronti dell’Italia, censurando il fatto che la legislazione interna prevedesse che l’attribuzione delle concessioni demaniali marittime per finalità ricreative (le concessioni per stabilimenti balneari) fosse basata su un sistema di preferenza per il concessionario uscente, che portava ad un sostanziale rinnovo automatico delle concessioni esistenti. Con la lettera di messa in mora di avvio della procedura, la Commissione contestò la contrarietà di tale sistema all’art. 43 dell’allora Trattato CE (ora art. 49 del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea, TFUE), relativo alla libertà di stabilimento nel mercato interno.

principi generali da seguire e sviluppare. Ma vi è di più. Nei commi 682, 683 e 684 il legislatore ha stabilito che le concessioni “(...) *vigenti alla data di entrata in vigore della legge hanno una durata, con decorrenza dalla data di entrata in vigore, di anni quindici (...)*” precisando che al termine di tale periodo le disposizioni adottate con il decreto, di cui al comma 677, dovrebbero rappresentare “(...) *lo strumento per individuare le migliori procedure da adottare per ogni singola gestione del bene demaniale (...)*”. Ebbene, il legislatore, per giustificare la scelta, ha indicato una serie di interessi generali che, in relazione al considerando n. 40 e al combinato disposto degli art. 4, n. 8, e 12, n. 3, della “Direttiva “Bolkestein”, potrebbero essere utili a giustificare delle possibili **deroghe** (anche parziali) alle procedure autorizzatorie stabilite dalla direttiva stessa che vieta, appunto, il rinnovo automatico senza procedure di evidenza pubblica. Si pensi, a tale proposito, all’art. 1, comma 675, della legge n. 145/2018 il quale demandava al DPCM mai licenziato la finalità di “(...) *tutelare, valorizzare e promuovere il bene demaniale delle coste italiane, che rappresenta un elemento strategico per il sistema economico, di attrazione turistica e di immagine del Paese, in un’ottica di armonizzazione delle normative europee (...)*” e ancora di più il successivo comma 683 il quale precisava che la *ratio* e lo scopo della durata ulteriore stabilita dalla legge fossero anche quelli “(...) *di garantire la tutela e la custodia delle coste italiane affidate in concessione, quali risorse turistiche fondamentali del Paese (...)*” e di “(...) *tutelare l’occupazione e il reddito delle imprese in grave crisi per i danni subiti dai cambiamenti climatici e dai conseguenti eventi calamitosi straordinari (...)*”. Non vi è dubbio che tra gli “*eventi calamitosi straordinari*”, ancorché non derivanti da mutamenti climatici, possa aggiungersi anche l’emergenza COVID-19 che ha determinato la limitazione dei movimenti delle persone all’interno del territorio interno e tra Stati membri oltre che a livello internazionale. Il richiamo agli effetti devastanti prodotti sull’economia reale dalla pandemia di *coronavirus* rappresenta un argomento utilizzato dalla Commissione nella lettera trasmessa all’Italia. Infatti, si legge nel documento 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 (...)*”. Il fatto che il settore dei balneari sia stato “***duramente colpito dalla pandemia di coronavirus***”, in

tesi, poteva rappresentare quell'elemento "calamitoso straordinario" che giustificava la normativa italiana intesa a tutelare le imprese in crisi, cioè quelle venutesi a trovare in una situazione di grave difficoltà a causa di eventi "straordinari" né previsti né prevedibili⁸⁶. Tuttavia, l'AP del Consiglio di Stato ha escluso questa possibilità ritenendo decisiva la violazione da parte della disciplina interna dei principi euro-unitari di divieto di discriminazione, libertà di stabilimento, parità di trattamento e libera concorrenza ritenuti assorbenti ogni altra considerazione. Del resto per l'UE l'obiettivo era e rimane quello di "(...) *fornire a tutti i prestatori di servizi interessati - attuali e futuri - la possibilità di competere per l'accesso a tali risorse limitate, di promuovere l'innovazione e la concorrenza leale e offrire vantaggi ai consumatori e alle imprese, proteggendo allo stesso tempo i cittadini dal rischio di monopolizzazione di tali risorse (...)*". Concetto assolutamente condivisibile e ripetuto dalla stessa Commissione europea con il successivo parere motivato del 16 novembre 2023 con il quale ha affermato che "*mantenendo le proroghe indiscriminate ed ex lege delle autorizzazioni per l'utilizzo di proprietà demaniali marittime lacuali e fluviali per attività ricreative e turistiche, previste all'art. 3, paragrafo 2, della legge 118/2022, come modificato dalla Legge n. 14/2023, e dal combinato disposto dell'art. 4, comma 4-bis della legge n. 118/2022, inserito dalla Legge n. 14/2023, che fa "divieto agli Enti concedenti di procedere all'emanazione dei bandi di assegnazione delle concessioni e dei rapporti di cui all'art. 3, comma 1, lett. a) e b)" fino all'adozione dei decreti legislativi di cui allo stesso art. 4 della legge 118/2022 e dell'art. 10-quater del decreto-legge 29 dicembre 2022, n. 198, inserito dalla Legge 14/2023 ... e tenendo conto del fatto che la delega al Governo per l'adozione di tali decreti legislativi ... risulta scaduta e non è contemplata alcuna indicazione circa una eventuale nuova delega al Governo, la Repubblica italiana ha riprodotto le proroghe precedentemente previste dall'art. 1, paragrafo 18, del decreto-legge n. 194/2009, all'art. 24, comma 3-septies, del decreto-legge 24 giugno 2016, n. 113, all'art. 1, commi 682 e 683 della Legge di bilancio e al decreto-legge n. 104/2020, nonché le previsioni dell'art. 182, paragrafo 2, del decreto-legge n. 34/2020... ed è dunque venuta meno agli obblighi imposti dall'art. 12 della Direttiva sui servizi e dell'art. 49 TFUE nonché dell'art. 4, paragrafo 3, TUE". A fronte di questo giustificato rigore, resta da capire perché poi la stessa Commissione europea abbia "ratificato" l'ennesima proroga delle concessioni demaniali marittime al 30*

⁸⁶Sul punto si rinvia a G. GUZZO - R. PALLIGGIANO, *Concessioni demaniali marittime e rapporto concessorio tra esigenze di tutela del privato e salvaguardia delle norme eurolunitarie*, in www.lexitalia.it; n. 1/2021; cit.

settembre 2027 introdotta dalla legge n. 166/2024 sterilizzando così gli effetti della procedura d'infrazione del 3 dicembre 2020 e rinnegando quanto sostenuto nel citato parere del 16 novembre 2023.

9. Gli effetti sull'attività edilizia delle pronunce dell'AP del Consiglio di Stato nn. 17 e 18 del 2021: cenni

La *vexata quaestio* delle proroghe delle concessioni demaniali marittime ha trovato il suo apparente definitivo approdo giurisprudenziale nelle sentenze gemelle dell'Adunanza plenaria nn. 17⁸⁷ e 18 del 9 novembre 2021 che hanno tutta l'aria di essere delle pronunce "additive" in ragione dei principi di diritto affermati da osservarsi scrupolosamente durante le future scansioni procedimentali volte al rilascio delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative⁸⁸. Le pronunce in parola affrontano numerosi temi fortemente dibattuti sia in ambito giurisprudenziale che dottrinale fornendo delle risposte non sempre convincenti sul piano della stretta logica giuridica. Ciononostante esse rappresentano un ineludibile momento di confronto rispetto al quale le amministrazioni aggiudicatrici non potranno sottrarsi al pari dello stesso Parlamento che, chiamato a licenziare una disciplina di settore, ha sostanzialmente ripreso tutti i principi canonizzati dalle due pronunce della Plenaria, fatta salva la data di scadenza del 31 dicembre 2023 posticipata, da ultimo, dal d.l. n. 131/2024 al 30 settembre 2027 (o in casi eccezionali al 31 marzo 2028), di cui si tratterà più approfonditamente nel prosieguo dell'odierno lavoro.

In questo senso, le decisioni dell'Adunanza plenaria hanno rappresentato e continuano a rappresentare un ineludibile punto di riferimento non solo per il giudice amministrativo

⁸⁷ Pare opportuno ricordare che la sentenza n. 18/2021 dell'AP del Consiglio di Stato è stata annullata dalle SS.UU. della Suprema Corte di cassazione con la sentenza n. 32559 del 23 novembre 2023 per eccesso di giurisdizione.

⁸⁸ Il Dec. Pres. Cons. di Stato, 24 maggio 2021, n. 160 – Pres. Patroni Griffi – ha chiamato l'Adunanza Plenaria a pronunciarsi sulle seguenti questioni: a) se sia doverosa 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; b) nel caso di risposta affermativa, se, in adempimento del predetto obbligo disapplicativo, l'amministrazione dello Stato membro sia tenuta all'annullamento d'ufficio del provvedimento emanato in contrasto con la normativa dell'Unione europea o, comunque, al suo riesame ai sensi e per gli effetti dell'art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990 e s.m.i., nonché se, e in quali casi, la circostanza che sul provvedimento sia intervenuto un giudicato favorevole costituisca ostacolo all'annullamento d'ufficio; c) se, con riferimento alla moratoria introdotta dall'art. 182, comma 2, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, come modificato dalla legge di conversione 17 luglio 2020, n. 77, qualora la predetta moratoria non risulti inapplicabile per contrasto col diritto dell'Unione europea, debbano intendersi quali «aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto» anche le aree soggette a concessione scaduta al momento dell'entrata in vigore della moratoria, ma il cui termine rientri nel disposto dell'art. 1, commi 682 e seguenti, della legge 30 dicembre 2018, n. 145.

– chiamato a tenerne conto al fine di garantire *pro futuro* l’uniformità degli orientamenti giurisprudenziali – ma anche per tutte le amministrazioni aggiudicatrici coinvolte nel rilascio delle concessioni.

Solo per dare un esempio delle innumerevoli sentenze che si sono omologate ai principi posti dalle sentenze “gemelle” dell’AP del Consiglio di Stato basti ricordare la recente pronuncia dei giudici di Palazzo Spada n. 4481 del 20 maggio 2024⁸⁹ che, *inter alia*, ha affermato l’obbligo per il giudice nazionale e per le amministrazioni pubbliche (anche comunali) di disapplicare la disciplina di proroga delle concessioni demaniali, costituita da tutte le modifiche apportate alla legge n. 118/2022 dalla legge n. 14/2023, comprese quelle di cui all’art. 10-*quater*, comma 3, e all’art. 12, comma 6-*sexies*, del D.L. 198/2022, che hanno spostato in avanti i termini previsti dall’originaria versione dell’art. 3 della L. 118/2022, nulla soggiungendo, però, rispetto all’ultima discussa proroga al 30 settembre 2027 (o in alternativa al 31 marzo 2028) introdotta dalla l. n. 166/2024 che ha modificato i commi 1- 3 dell’art. 3 della legge n. 118/2022.

E’ evidente che la spinosa questione delle proroghe delle concessioni demaniali marittime si riverbera anche sulle opere realizzate sulle aree che ne costituiscono l’oggetto la cui sorte, ancora oggi, resta in attesa di un inquadramento e di una definizione giuridica, soprattutto alla luce della sentenza della CGUE 11 luglio 2024 (C-358) che non ha rinvenuto alcun contrasto dell’art. 49 del cod. nav. con l’art. 49 del TFUE⁹⁰.

Ovviamente, come ricordato in precedenza, viene fatta salva l’ipotesi dei manufatti amovibili che proprio grazie alla più volte evocata legge n. 166/2024 potranno continuare ad essere installati sulle aree demaniali fino all’esito delle nuove procedure di aggiudicazione.

10. La diretta applicabilità della Direttiva 2006/123 ed il problema (non secondario) dell’armonizzazione delle discipline interne

Uno dei temi affrontati dalle sentenze dell’A.P. del Consiglio di Stato n. 17 e n. 18 del 2021⁹¹ investe l’applicabilità diretta della Direttiva n. 123/2006⁹² anche in relazione

⁸⁹ Per una consultazione integrale del testo della sentenza si rinvia al sito istituzionale www.giustizia-amministrativa.it.

⁹⁰ Per un approfondimento sul tema si rinvia a G. GUZZO, “L’attività edilizia sulle zone demaniali marittime”, in “Attività edilizia. Titoli, procedure, sanzioni e tutela”, Giuffrè Francis Lefebvre (2023); pag. 561-563.

⁹¹ Per una consultazione integrale del testo delle sentenze si rinvia a www.lexitalia.it n. 11/2021.

all'esigenza di armonizzazione del quadro normativo degli Stati membri in tema di durata della concessioni demaniali marittime di natura turistico-ricreativa. Il rilievo mosso alla fonte euro unitaria è che essa non potrebbe considerarsi *self-executing* perché non sufficientemente dettagliata o specifica. Il rilievo viene superato ponendo l'accento dello scopo cui è teleologicamente orientata la norma. In sostanza, secondo il Consiglio di Stato, *“il livello di dettaglio che una direttiva deve possedere per potersi considerare self-executing dipende, invero, dal risultato che essa persegue e dal tipo di prescrizione che è necessaria per realizzare tale risultato”*. Partendo da questo presupposto, i giudici di Palazzo Spada concludono che *“l'art. 12 della direttiva persegue l'obiettivo di aprire il mercato delle attività economiche il cui esercizio richiede l'utilizzo di risorse naturali scarse, sostituendo, ad un sistema in cui tali risorse vengono assegnate in maniera automatica e generalizzata a chi è già titolare di antiche concessioni, un regime di evidenza pubblica che assicuri la par condicio fa i soggetti potenzialmente interessati”*. Insomma, lo scopo non sarebbe quello di armonizzare le singole discipline degli Stati membri per assicurare un adeguato e paritario livello di concorrenza nel mercato quanto piuttosto di aprire il mercato indipendentemente dalle evidenti diversità di regolamentazione della materia. In altri termini l'apertura del mercato all'interno dell'eurozona prescinderebbe dalle evidenti distonie legislative interne come se esse non incidessero sui principi di parità di trattamento, di libera concorrenza e di libertà di stabilimento di matrice europea. Ciò che discutibilmente rileva per i magistrati è che, rispetto all'obiettivo di aprire il mercato, *“la disposizione ha un livello di dettaglio sufficiente a determinare la non applicazione della disciplina nazionale che prevede la proroga ex lege fino al 2033 e ad imporre, di conseguenza, una gara rispettosa dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità, non discriminazione, mutuo riconoscimento e proporzionalità”*. Tuttavia, a riprova della “fragilità” del ragionamento, l'AP non può non riconoscere la necessità *“che il legislatore intervenga, in una materia così delicata e sensibile dal punto di vista degli interessi coinvolti, con una disciplina espressa e puntuale, non vi è dubbio, tuttavia, che nell'inerzia del legislatore, l'art. 12 della direttiva 2006/123 e i principi che essa richiama, tenendo anche conto di come essi sono stati più volte declinati dalla giurisprudenza europea e nazionale, già forniscono tutti gli elementi necessari per consentire alle*

⁹² Per una consultazione integrale del testo delle sentenze si rinvia a eur-lex.europa.eu. Il testo di legge è stato recepito in Italia per effetto del d.lgs. n. 59/2010. Per una consultazione del del testo delle sentenze si rinvia a www.lexitalia.it n. 3/2010.

Amministrazioni di bandire gare per il rilascio delle concessioni demaniali in questione, non applicando il regime di proroga ex lege". Le argomentazioni del Consiglio di Stato, sul punto, si prestano ad alcune riflessioni critiche in quanto cercano di correlare la colpevole inerzia del legislatore, incapace di definire negli anni una disciplina di settore⁹³, alla contestata puntualità della Direttiva n. 123/2006 il cui dettaglio non deriverebbe dalla lettera del testo quanto piuttosto dalle applicazioni che di essa ne ha fatto la Corte di giustizia. E' evidente che una conclusione del genere che pone sullo stesso livello una oggettiva genericità del testo comunitario e le applicazioni ermeneutiche che il giudice europeo e nazionale ne hanno fatto mina le stesse conclusioni a cui perviene l'AP del Consiglio di Stato e cioè che ***"Alla luce delle considerazioni che precedono deve, quindi, ritenersi che anche l'art. 12 della direttiva 2006/123 sia applicabile al rilascio e al rinnovo delle concessioni demaniali marittime, con conseguente incompatibilità comunitaria, anche sotto tale profilo, della disciplina nazionale che prevede la proroga automatica e generalizzata delle concessioni già rilasciate"***. Ora, non vi è dubbio alcuno che *"il confronto competitivo, oltre ad essere imposto dal diritto dell'Unione, risulta coerente con l'evoluzione della normativa interna sull'evidenza pubblica"*, ma il vero problema che rimane sullo sfondo è capire se la Direttiva n. 123/2006 abbia o meno un sufficiente grado di dettaglio, tale da poter essere considerata *self-executing* ed imporre *"la scelta del miglior contraente"* (in tal caso, concessionario), cioè *del miglior interlocutore della pubblica amministrazione*", mediante l'espletamento di una procedura di evidenza pubblica al fine di *"garantire trasparenza alle scelte amministrative e apertura del settore dei servizi al di là di barriere all'accesso"*. In questa cornice si inserisce anche il problema, tutt'altro che secondario, del condizionamento operato sulla corretta ed uniforme applicazione del principio di libera concorrenza dalla disomogeneità delle discipline interne in tema di concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative. Il tema è stato espressamente affrontato dalla AP del Consiglio di Stato giacché è stato apertamente posto il problema della violazione dell'art. 115 del TFUE⁹⁴ che prevede il **ricorso all'unanimità per l'adozione di atti normativi aventi come obiettivo**

⁹³Al riguardo si segnala il ddl n. S.421 arenatosi nelle secche della VI Commissione permanente (Finanze e Tesoro) in sede redigente del Senato a cui fu assegnato l'11.10.2018. Per una consultazione integrale del testo si rinvia al sito istituzionale www.parlamento.it.

⁹⁴La norma prevede che: *"Fatto salvo l'articolo 114, il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, stabilisce direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato interno"*.

l'armonizzazione delle legislazioni nazionali mentre la Direttiva 2006/123 è stata approvata a maggioranza. Inoltre, la disomogeneità delle discipline interne impatta, seppur trasversalmente, la specifica materia del turismo rispetto alla quale l'Unione europea si limita soltanto ad una politica di accompagnamento, con esclusione di *“qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri”*. Le soluzioni fornite dalla AP non convincono fino in fondo. Il problema viene superato dai giudici di Palazzo Spada sostenendo che *“la direttiva 2006/123 deve essere considerata una **direttiva di liberalizzazione**, nel senso che è tesa ad eliminare gli ostacoli alla libertà di stabilimento e di servizio, garantendo l'implementazione del mercato interno e del principio concorrenziale ad esso sotteso: “fissa disposizioni generali volte ad eliminare le restrizioni alla libertà di stabilimento dei prestatori di servizi negli Stati membri e alla libera circolazione dei servizi tra i medesimi, al fine di contribuire alla realizzazione di un mercato interno dei servizi libero e concorrenziale” (Corte di giustizia, Grande Sezione, 30 gennaio 2018, C360/15 e C31/16, punto 104)”*. Ciò è indubbiamente vero. Tuttavia, perché si possa realizzare la corretta e sana implementazione del mercato interno per il tramite dello sviluppo della libera concorrenza per il mercato, occorre che vengano garantite delle regole generali eguali per tutti gli Stati membri. In questo senso le pronunce della Plenaria mostrano evidenti limiti di tenuta dal momento che presuppongono che le condizioni di partenza, ossia le regole del gioco, siano le stesse all'interno delle legislazioni dei diversi Stati mentre, in realtà, non è affatto così. Di tanto gli stessi giudici amministrativi ne sono coscienti dal momento che i medesimi prendono atto che *“Nel settore delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative, le notevoli differenze esistenti fra le legislazioni degli Stati membri (in particolare quelli più direttamente interessati ossia, oltre all'Italia, Spagna, Portogallo, Francia, Grecia e Croazia)”* pongono il problema di *“una preventiva armonizzazione delle normative nazionali applicabili in tale settore”*⁹⁵. Allora sarebbe stato opportuno il varo di un previo testo di legge che, approvato all'unanimità in Consiglio dagli Stati membri ai sensi dell'art. 115 del TFUE, avesse provveduto ad armonizzare le proteiformi discipline interne in materia di concessioni demaniali marittime di natura turistico-ricreativa in modo da valorizzare pienamente i principi di libertà di stabilimento e libera circolazione dei servizi (artt. 52 e 63 TFUE) e

⁹⁵ Per un approfondimento sulla legislazione europea in tema di concessioni demaniali marittime di natura turistico-ricreativa si rinvia a G. GUZZO – E. DEL GRECO, *La disciplina europea delle concessioni demaniali*; in www.lexitalia.it, n. 7/2019.

solo successivamente (si ripete solo successivamente) licenziare una Direttiva capace di impattare così pesantemente e negativamente proprio tali principi. In questa ottica ha poco senso ricordare che l'obiettivo della Direttiva 123/2006 è quello di *“stabilire le disposizioni generali che permettono di agevolare l'esercizio della libertà di stabilimento dei prestatori nonché la libera circolazione dei servizi, assicurando nel contempo un elevato livello di qualità dei servizi stessi”*. Infatti tale scopo può essere pienamente realizzato esclusivamente se viene garantita all'interno del concerto unionale una uniformità normativa che passi attraverso la creazione di regole eguali per tutti i *competitor* indipendentemente dallo Stato membro nel quale si trovano a concorrere. Se non viene garantita questa preconditione non potrà mai aversi alcuna parità di trattamento e libera circolazione dei servizi nel mercato interno giacché il presupposto di tale libertà è l'uniformità degli ordinamenti nazionali. Condizione, questa, ancora lontana dall'essersi realizzata⁹⁶. Del resto, ritornando al caso Italia, le diverse proroghe che si sono succedute negli ultimi anni prima del d.l. n. 131/2024, convertito con modifiche nella legge n. 166 del 14 novembre 2024, avevano proprio lo scopo di licenziare una disciplina di settore che fosse in linea con le norme euro-unitarie cui avrebbero dovuto conformarsi anche le discipline degli altri Stati membri e nella perdurante assenza di tale omogeneizzazione la stessa Ue avrebbe dovuto indurre gli Stati membri a porvi rimedio mediante un intervento normativo *ad hoc*. Il corollario naturale - posto che *“l'obiettivo della direttiva non era (e non è) quello di “armonizzare” le discipline nazionali che prevedono ostacoli alla libera circolazione, ma, appunto, di eliminare tali ostacoli (attraverso lo smantellamento, più che l'armonizzazione, delle leggi nazionali che ad essi forniscono una copertura normativa), al fine di realizzare un'effettiva concorrenza fra i prestatori dei servizi”* - è che la “Direttiva Bolkestein” trovi applicazione nei confronti dei concessionari solo se a monte vi sia **un'armonizzazione normativa** anche se essa, come ben spiegano i Giudici amministrativi, *“non è l'obiettivo primario della direttiva 2006/123”*, ma né è senza dubbio *“la base giuridica legittimante”* nonostante il diverso inquadramento contraddittoriamente fattone dalla Plenaria. A conforto dell'assunto milita proprio la pronuncia della Corte di giustizia, Grande Sezione, del 30 gennaio 2018, C-360/15 e C-31/16, punti 105 e 106⁹⁷, richiamata dall'AP del Consiglio di Stato. In quella occasione

⁹⁶Cfr. G. GUZZO – R. PALLIGGIANO, *“Concessioni demaniali marittime e A.P. del Consiglio di Stato. Il difficile equilibrio tra esigenze di coerenza con il diritto euro unitario, incertezze interpretative e possibili invasioni di campo”*; in www.lexitalia.it n./1/2022.

⁹⁷ Per una consultazione integrale del testo delle sentenze si rinvia a eur-lex.europa.eu.

i giudici lussemburghesi affermarono, proprio con riferimento alla direttiva 2006/123, che *“la piena realizzazione del mercato interno dei servizi richiede anzitutto che vengano soppressi gli ostacoli incontrati dai prestatori per stabilirsi negli Stati membri”*. Il punto è proprio questo: la rimozione degli ostacoli in questione è faccenda demandata alla capacità autogestoria dei singoli Stati membri o occorre una prescrizione normativa cogente di carattere generale che imponga la rimozione degli stessi per poi, in attuazione del considerando 7, realizzare un quadro giuridico generale formato da una combinazione di misure diverse destinate a garantire un grado elevato d'integrazione giuridica nell'Unione per mezzo, in particolare, di un'armonizzazione vertente su precisi aspetti della regolamentazione delle attività di servizio? Sul piano della logica giuridica sarebbe più naturale che una direttiva approvata all'unanimità dal Consiglio indichi ai singoli legislatori interni delle comuni linee guida che diano corpo a dei principi basilari inderogabili per tutti gli Stati membri in nome dei quali sopprimere *“gli ostacoli incontrati dai prestatori per stabilirsi negli Stati membri”* e non piuttosto pretendere che i singoli Stati membri rimuovano autonomamente tali lacci e laccioli per poi giungere, indirettamente, ad una omogeneità dei sistemi. Da questo punto di vista la soluzione offerta dai giudici amministrativi presenta alcune criticità e non pare del tutto condivisibile. Lo stesso dicasi per quanto concerne le ricadute di tale impostazione sul particolare ambito materiale del turismo. Infatti, alla luce dell'art. 195 TFUE, è nota l'assenza di competenza dell'Unione europea nell'adottare misure di armonizzazione in materia di turismo⁹⁸. Il fatto che la Direttiva 2006/123 non possa considerarsi una direttiva di armonizzazione (essendo, piuttosto, una direttiva di liberalizzazione) non supera il rilievo atteso che l'esercizio delle attività di impresa che discende dal rilascio di una concessione demaniale marittima impatta direttamente la materia del turismo se solo si considerino gli investimenti infrastrutturali sostenuti ed i rischi di acquisizione al patrimonio dell'Ente delle opere anche in caso di rinnovo della

7L'articolo 195 del TFUE così recita: *“1. L'Unione completa l'azione degli Stati membri nel settore del turismo, in particolare promuovendo la competitività delle imprese dell'Unione in tale settore. A tal fine, l'azione dell'Unione è intesa a: a) incoraggiare la creazione di un ambiente propizio allo sviluppo delle imprese in detto settore; b) favorire la cooperazione tra Stati membri, in particolare attraverso lo scambio delle buone pratiche. 2. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le misure specifiche destinate a completare le azioni svolte negli Stati membri al fine di realizzare gli obiettivi di cui al presente articolo, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri”*.

concessione demaniale. Sostenere, come ha fatto la AP del Consiglio di Stato, che *“la portata conformativa dell’art. 12 della direttiva 2006/123 sulle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreativa non si riverbera in modo diretto sulla politica nazionale in materia di turismo: [in quanto] il rilascio della concessione rappresenta, infatti, solo una precondizione per l’esercizio dell’impresa turistica (nella specie lo stabilimento balneare), la cui attività, successivamente al rilascio, non è certo governata dalla normativa contenuta nella direttiva”*, significa platealmente riconoscere la non applicabilità della “Direttiva Bolkestein” alle concessioni demaniali marittime di natura turistico-ricreativa la cui disciplina fuoriesce dal fuoco di applicazione del testo normativo in questione. Né vale, in senso contrario, argomentare che *“La tutela della concorrenza (e l’obbligo di evidenza pubblica che esso implica) è, d’altronde, una “materia” trasversale, che attraversa anche quei settori in cui l’Unione europea è priva di ogni tipo di competenza o ha solo una competenza di “sostegno”: anche in tali settori, quando acquisiscono risorse strumentali all’esercizio delle relative attività (o quando concedono il diritto di sfruttare economicamente risorse naturali limitate), gli Stati membri sono tenuti all’obbligo della gara, che si pone a monte dell’attività poi svolta in quella materia”*. Infatti, la trasversalità della tutela della concorrenza trova un argine proprio nello sbarramento indicato dai giudici amministrativi: la non riconducibilità dell’attività di impresa che deriva dal rilascio della concessione demaniale marittima alla “Direttiva Bolkestein”. Tale impostazione, contrariamente a quanto sostenuto dalla AP, non è meramente formalistica perché sul piano del diritto un conto è la concessione di beni (come atto con effetti costitutivi/traslativi che attribuisce un diritto nuovo su un’area demaniale) ed altro conto è l’autorizzazione dell’attività di impresa (come atto che si limita a rimuovere un limite all’esercizio di un diritto preesistente). È allora errato ritenere che il provvedimento che riserva in via esclusiva un’area demaniale (marittima, lacuale o fluviale) ad un operatore economico, consentendo a quest’ultimo di utilizzarlo come *asset* aziendale e di svolgere, grazie ad esso, un’attività d’impresa erogando servizi turistico-ricreativi vada considerato, nell’ottica della Direttiva 2006/123, un’autorizzazione di servizi contingentata e, come tale, da sottoporre alla procedura di gara perché una cosa è un provvedimento amministrativo che attribuisce un diritto nuovo su un’area demaniale altro è un atto amministrativo che consente l’esercizio di un diritto preesistente qual è quello esercitato dal concessionario. In altri termini non si può prescindere dalla diversa qualificazione

giuridica attribuita dall'ordinamento nazionale a due momenti procedimentali totalmente autonomi ed ontologicamente differenti.

11. L'esegesi del concetto di “interesse transfrontaliero certo” ai fini dell'applicabilità dell'art. 49 TFUE

Uno dei temi più rilevanti affrontati dalla AP del Consiglio di Stato investe la definizione di “interesse transfrontaliero certo”. Sul punto i giudici amministrativi evidenziano le incertezze applicative dell'art. 49⁹⁹ del TFUE perché si è ritenuto “*mancante nel caso di specie il requisito dell'interesse transfrontaliero certo, il cui accertamento è stato rimesso dalla Corte di giustizia alla valutazione del giudice nazionale*”. In senso contrario il Consiglio di Stato ha ricordato che la Corte di giustizia, sin dalla nota sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98¹⁰⁰, *Telaustria e Telefonadress*, ha chiarito che “*qualsiasi atto dello Stato che stabilisce le condizioni alle quali è subordinata la prestazione di un'attività economica sia tenuto a rispettare i principi fondamentali del trattato e, in particolare, i principi di non discriminazione in base alla nazionalità e di parità di trattamento, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva. Come detto in precedenza, nell'ottica della Corte detto obbligo di trasparenza impone all'autorità concedente di assicurare, a favore di ogni potenziale offerente, un “adeguato livello di pubblicità” che consenta l'apertura del relativo mercato alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle relative procedure di aggiudicazione*”. Per meglio chiarire il concetto, la AP ha evocato la famosa sentenza della Corte di giustizia “*Promoimpresa*” del 2016¹⁰¹ secondo la quale **quando sia accertato che un contratto** (di concessione o di appalto), pur se si colloca al di fuori del campo di applicazione delle direttive, **presenta un interesse transfrontaliero certo**, l'affidamento, in mancanza di qualsiasi trasparenza, di tale contratto ad un'impresa con sede nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice costituisce una **disparità di trattamento a danno di imprese con sede in un altro**

⁹⁹Il testo dell'art. 49 del TFUE prevede espressamente che: “*Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro. La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali*”.

¹⁰⁰ Per una consultazione integrale del testo della sentenza si rinvia a eur-lex.europa.eu.

¹⁰¹ Per una consultazione integrale del testo delle sentenze si rinvia a eur-lex.europa.eu.

Stato membro che potrebbero essere interessate a tale appalto. Tanto in ragione del fatto che *“L’interesse transfrontaliero certo consiste nella capacità di una commessa pubblica o, più in generale, di un’opportunità di guadagno offerta dall’Amministrazione anche attraverso il rilascio di provvedimenti che non portano alla conclusione di un contratto di appalto o di concessione, di attrarre gli operatori economici di altri Stati membri”*. In altri termini i giudici di Palazzo Spada hanno dato atto che la giurisprudenza europea impone che l’interesse transfrontaliero certo debba essere valutato **caso per caso** dal giudice nazionale e soprattutto, come chiaramente spiegato di seguito, dalla amministrazione aggiudicatrice e dalla legislazione interna giacché *“spetta in linea di principio all’amministrazione aggiudicatrice interessata valutare, prima di definire le condizioni del bando di appalto, l’eventuale interesse transfrontaliero di un appalto il cui valore stimato è inferiore alla soglia prevista dalle norme comunitarie, fermo restando che tale valutazione può essere oggetto di controllo giurisdizionale”* (Corte di giustizia, 15 maggio 2008, C. 147/06) così come, del pari, *“una normativa può certamente stabilire, a livello nazionale o locale, criteri oggettivi che indichino l’esistenza di un interesse transfrontaliero certo”*. Il Consiglio di Stato, traslando tali coordinate ermeneutiche in materia di concessioni demaniali marittime di natura turistico-ricreativa, ha correttamente sostenuto che *“tali criteri devono evidentemente essere “adattati”, tenendo conto della particolarità del settore di mercato che viene in considerazione”* soggiungendo che ***“Nel caso delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative a venire in considerazione come strumento di guadagno offerto dalla p.a. non è il prezzo di una prestazione né il diritto di sfruttare economicamente un singolo servizio avente rilevanza economica. Al contrario degli appalti o delle concessioni di servizi, la p.a. mette a disposizione dei privati concessionari un complesso di beni demaniali che, valutati unitariamente e complessivamente, costituiscono uno dei patrimoni naturalistici (in termini di coste, laghi e fiumi e connesse aree marittime, lacuali o fluviali) più rinomati e attrattivi del mondo”***. Muovendo da tale presupposto, i giudici concludono che *“Già queste considerazioni traducono in termini economici un dato di oggettiva e comune evidenza, legata alla eccezionale capacità attrattiva che da sempre esercita il patrimonio costiero nazionale, il quale per conformazione, ubicazione geografica, condizioni climatiche e vocazione turistica è certamente oggetto di interesse transfrontaliero, esercitando una indiscutibile capacità attrattiva verso le imprese di altri Stati membri. Pensare che questo settore, così nevralgico per l’economia del Paese, possa essere*

tenuto al riparo dalle regole delle concorrenza e dell'evidenza pubblica, sottraendo al mercato e alla libera competizione economica risorse naturali in grado di occasionare profitti ragguardevoli in capo ai singoli operatori economici, rappresenta una posizione insostenibile, non solo sul piano costituzionale nazionale (dove pure è chiara la violazione dei principi di libera iniziativa economica e di ragionevolezza derivanti da una proroga generalizzata e automatica delle concessioni demaniali), ma, soprattutto e ancor prima, per quello che più ci interessa ai fini del presente giudizio, rispetto ai principi europei a tutela della concorrenza e della libera circolazione". Il ragionamento svolto dai giudici della Plenaria, e più recentemente dagli stessi magistrati di Palazzo Spada, ad esempio, nella parte motiva della citata sentenza n. 4481/2024¹⁰², non convince proprio perché stride con quanto in precedenza riconosciuto dai medesimi giudici amministrativi di seconde cure. Infatti, se la definizione dell'interesse transfrontaliero rientra nel perimetro delle attribuzioni dell'amministrazione aggiudicatrice e della stessa normativa nazionale e locale, non si vede come si possa teorizzare un principio generale che copra indistintamente il rilascio di tutte le concessioni demaniali marittime di natura turistico-ricreativa scavalcando proprio le stesse pubbliche amministrazioni aggiudicatrici ed lo stesso legislatore locale e nazionale nel compito di individuare volta per volta i sottesi interessi transfrontalieri che si agitano in sede di rilascio del titolo concessorio. In altri termini, come riconosciuto dagli stessi giudici del Consiglio di Stato con la sentenza n. 4480/2024, l'art. 12 della Direttiva n. 2006/123/Ce potrebbe essere non trovare applicazione *"sulla scorta di una valutazione completa della singola concessione"*. In questa ottica la pronuncia, quindi, della AP presta il fianco a non poche critiche che non possono essere superate ed assorbite dall'apodittico rimando alla *"eccezionale capacità attrattiva che da sempre esercita il patrimonio costiero nazionale, il quale per conformazione, ubicazione geografica, condizioni climatiche e vocazione turistica è certamente oggetto di interesse transfrontaliero"*. La stessa critica mossa alla "parcellizzazione" del patrimonio costiero che *"si porrebbe in contrasto, peraltro, con le stesse previsioni legislative nazionali (che, quando hanno previsto le proroghe, lo hanno sempre fatto indistintamente e per tutti, non con riferimento alle singole concessioni all'esito di una*

¹⁰²A tale proposito i supremi giudici, con la sentenza n. 4480/2024, hanno affermato che le pubbliche amministrazioni *"anche quando non ritengano applicabile l'art. 12 della Dir. 2006/123/CE, esse devono comunque applicare l'art. 49 del T.F.U.E. e procedere all'indizione della gara, laddove la concessione presenti un interesse transfrontaliero certo, da presumersi finché non venga accertato che la concessione difetti di tale interesse, sulla scorta di una valutazione completa della singola concessione"*.

valutazione caso per caso) e, soprattutto, darebbe luogo ad ingiustificabili ed apodittiche disparità di trattamento, consentendo solo per alcuni (e non per altri) la sopravvivenza del regime della proroga ex lege” prova troppo e pertanto non è sostenibile. In realtà, se si parte dal presupposto che l’individuazione dell’interesse transfrontaliero rientri nel fascio di attribuzione della PA aggiudicatrice e del legislatore nazionale e locale, è del tutto evidente che esso non costituisca un valore assoluto tale cioè da coinvolgere indistintamente tutte le aree del demanio marittimo potenzialmente oggetto di concessione demaniale altrimenti non vi sarebbe stata la necessità di “responsabilizzare” le amministrazioni pubbliche ed il legislatore, sia esso locale che nazionale, del compito di stabilire se il rilascio di determinate concessioni demaniali potesse suscitare anche l’interesse di operatori stranieri. Omogeneizzare l’intero patrimonio costiero e dire che ogni centimetro quadrato della nostra pur straordinaria costa possa suscitare un interesse transfrontaliero francamente pare eccessivo e finisce per tradire lo stesso postulato che demanda allo Stato ed agli Enti locali il compito di stabilire se tale requisito sussista o meno. Si vuole soltanto dire con ciò che in quei casi in cui la *“conformazione, ubicazione geografica e attrazione turistica presentino tutte e nel loro insieme un interesse transfrontaliero certo”*, è corretto ritenere che *“la disciplina nazionale che prevede la proroga automatica e generalizzata si pone in contrasto con gli articoli 49 e 56 del TFUE, in quanto è suscettibile di limitare ingiustificatamente la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi nel mercato interno, a maggior ragione in un contesto di mercato nel quale le dinamiche concorrenziali sono già particolarmente affievolite a causa della lunga durata delle concessioni attualmente in essere”*. Tuttavia, il principio non può essere esteso meccanicamente anche a quei piccoli concessionari che operano in zone depresse del Paese senza una particolare attrattiva turistica, interessate da modesti e flussi turistici locali legati, per lo più, ad uno scarso *appeal* naturalistico dei luoghi. In questi casi, sarà necessariamente la pubblica amministrazione a dovere stabilire se ragionevolmente esista o meno un interesse transfrontaliero *“sulla scorta di una valutazione completa della singola concessione”* e non certo il giudice amministrativo interno in capo al quale residua solo il compito di capire se la scelta è immune da profili di illegittimità o meno. Diversamente opinando vi sarebbe una evidente violazione dell’autonomia degli Enti locali, pure riconosciuta dall’art. 114, comma 2, della Costituzione, rispetto alla quale i principi europei devono integrarsi nell’ottica della costituzione di un progressivo diritto comune a tutti gli Stati membri nel quadro di un rapporto cooperativo tra gli

stessi all'interno del quale, per quanto concerne l'Italia, la Corte costituzionale svolge un ruolo regolatore¹⁰³.

12. La controversa questione della “scarsità delle risorse naturali” applicato alle coste italiane

Altro tema particolarmente sentito ed affrontato dalla AP investe la definizione del concetto di “scarsità delle risorse naturali”. I giudici amministrativi, nell'evocare la sentenza della Corte di giustizia *Promoimpresa* del 2016 più volte ricordata, hanno confermato che spetta “*al giudice nazionale solo il compito di accertare il requisito della scarsità della risorsa naturale*”. Allora si pone la domanda: “cosa determina la scarsità della risorsa naturale?”. La risposta fornita dalla Plenaria è che “*Il concetto di scarsità va, invero, interpretato in termini **relativi** e non assoluti, tenendo conto non solo della “quantità” del bene disponibile, ma anche dei suoi **aspetti qualitativi** e, di conseguenza, della **domanda** che è in grado di generare da parte di altri potenziali concorrenti, oltre che dei fruitori finali del servizio che tramite esso viene immesso sul mercato. Va ancora considerata la concreta disponibilità di **aree ulteriori** rispetto a quelle attualmente già oggetto di concessione. È sulle aree potenzialmente ancora concedibili (oltre che su quelle già assentite), infatti, che si deve principalmente concentrare l'attenzione per verificare se l'attuale regime di proroga fino al 31 dicembre 2033 possa creare una barriera all'ingresso di nuovi operatori, in contrasto con gli obiettivi di liberalizzazione perseguiti dalla direttiva. **La valutazione della scarsità della risorsa naturale, invero, dipende essenzialmente dall'esistenza di aree disponibili sufficienti a permettere lo svolgimento della prestazione di servizi anche ad operatori economici diversi da quelli attualmente “protetti” dalla proroga ex lege**”.*

Gli elementi che concorrono a determinare il concetto di “scarsità delle risorse naturali” sono: 1. la domanda che l'area è in grado di generare considerate le caratteristiche qualitative della stessa e 2. la presenza di ulteriori porzioni di costa da mettere in gara altrettanto appetibili. Tali elementi, poi, in caso di contenzioso legato al consolidamento delle posizioni del concessionario per effetto della proroga legislativa, dovranno essere valutati dal giudice. A ben vedere il sindacato del giudice investirebbe la discrezionalità politica della pubblica amministrazione che, per esigenze interne o semplicemente per scelte politiche, ben potrebbe stabilire di non mettere in concorso

¹⁰³In questo senso si consultino sul sito istituzionale www.cortecostituzionale.it le sentenze della Corte costituzionale n. 207/2013, n. 62/2008 e n. 439/2008.

altri brani costieri pure altrettanto appetibili sotto il profilo naturalistico. Allora viene da chiedersi se la soluzione offerta dalla Plenaria sia sostenibile sotto il profilo del diritto o non rappresenti piuttosto un tentativo di indebito condizionamento delle scelte spettanti in via esclusiva alla PA nel rispetto dell'autonomia organizzativa e funzionale che la Carta costituzionale le riserva (art. 114, comma 2, Cost.). Certo, si potrebbe opinare, come ha fatto il Consiglio di Stato, che *“i dati forniti dal sistema informativo del demanio marittimo (SID) del Ministero delle Infrastrutture rivelano che in Italia 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%”* e che *“l'insieme di questi dati già evidenzia che attualmente le aree demaniali marittime (ma analoghe considerazioni valgono per quelle lacuali o fluviali) a disposizione di nuovi operatori economici sono caratterizzate da una **notevole 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, a maggior ragione alla luce della già evidenziata capacità attrattiva delle coste nazionali e l'elevatissimo livello della domanda in tutto il periodo estivo (che caratterizza l'intero territorio nazionale, al di là della variabilità dei picchi massimi che possono differenziare le singole zone)”*, ma consentire ad un giudice di intervenire sulle opzioni di politica-economica di un Ente che trovano la loro ragione nella discrezionalità amministrativa è cosa ben diversa. In altre parole: una cosa è discutere dell'intervento “qualificante” della magistratura nel caso in cui i brani di costa affidati in concessione esauriscono le risorse naturali assegnabili, altro discorso è quello di consentire alla magistratura stessa di “correggere” la ponderata scelta dell'Ente di non affidare tutto il patrimonio costiero a sua disposizione. In quest'ultimo caso l'intervento del giudice travalica la sfera delle attribuzioni e delle competenze riconosciutegli dalla stessa Costituzione. La soluzione, come nel caso della individuazione dell'interesse transfrontaliero certo, allora dovrebbe essere rimessa al legislatore nazionale e regionale e non certo ad una Corte, come del resto prevede l'art. 117, comma 3, della Costituzione che demanda alla competenza Stato-Regioni la regolamentazione della particolare materia della “valorizzazione dei beni ambientali” nella quale certamente rientra l'affidamento a privati della gestione di porzioni di costa di particolare pregio naturalistico. Per tutte queste ragioni non convincono neppure i successivi approdi giurisprudenziali che sono stati registrati negli anni a venire. Infatti,

la stessa CGUE, con la recente sentenza del 20 aprile 2023¹⁰⁴, meglio conosciuta come “sentenza Ginosa”, all’esito del giudizio C-348/22, al paragrafo 71, ha chiarito in merito al concetto di “scarsità delle risorse naturali” che *“devono essere determinate in relazione ad una situazione di fatto valutata dall’amministrazione competente sotto il controllo di un giudice nazionale”*. Non è marginale osservare che gli stessi giudici del Lussemburgo con il citato arresto del 20 aprile 2023, ai paragrafi 46 e 47, hanno avuto modo di chiarire che “46. [...] l’articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2006/123 conferisce agli Stati membri un **certo margine di discrezionalità nella scelta dei criteri applicabili alla valutazione della scarsità delle risorse naturali**. Tale margine di discrezionalità può condurli a preferire una **valutazione generale e astratta**, valida per tutto il territorio nazionale, ma anche, al contrario, a privilegiare **un approccio caso per caso**, che ponga l’accento sulla situazione esistente nel territorio costiero di un comune o dell’autorità amministrativa competente, o addirittura a combinare tali due approcci. 47. **In particolare, la combinazione di un approccio generale e astratto, a livello nazionale, e di un approccio caso per caso**, basato su un’analisi del territorio costiero del comune in questione, **risulta equilibrata** e, pertanto, idonea a garantire il rispetto di obiettivi di sfruttamento economico delle coste che possono essere definiti a livello nazionale, assicurando al contempo l’appropriatezza dell’attuazione concreta di tali obiettivi nel territorio costiero di un comune”. Dal che ne discende che ciascun legislatore interno ha ampia discrezionalità di scegliere il tipo di regolamentazione che meglio definisca il concetto di “scarsità delle risorse naturali” purché si basi *“su criteri obiettivi, non discriminatori, trasparenti e proporzionati”*. Il che esclude l’automatica applicazione dell’art. 12 della Direttiva n. 123/2006/Ce. Infine, una notazione a parte merita il brano contenuto nelle sentenze nn. 17-18/2021 della AP a tenore del quale *“il rilascio della concessione rappresenta, infatti, solo una condizione per l’esercizio dell’impresa turistica (nella specie lo stabilimento balneare), la cui attività, successivamente al rilascio, non è certo governata dalla normativa contenuta nella direttiva”* che, come già ricordato in precedenza, ad onta di tutte le successive pronunce di segno contrario, sembra confermare la non applicabilità dell’art. 12 della “Bolkestein” alle concessioni demaniali marittime di natura turistico-ricreativa nonostante le critiche mosse dagli stessi giudici amministrativi alla ricostruzione “formalistica” e non “sostanzialistica” del momento concessorio, di matrice

¹⁰⁴ Per una consultazione integrale del testo della sentenza si rinvia a www.lexitalia.it n. 4/2023.

pubblicistica, che viene assorbito da quello più prettamente imprenditoriale, di matrice privatistica, atteso che esso *“procura al titolare vantaggi economicamente rilevanti in grado di incidere sensibilmente sull’assetto concorrenziale del mercato e sulla libera circolazione dei servizi”*¹⁰⁵.

13. Il “legittimo affidamento” del concessionario

Le sentenze dell’AP del Consiglio di Stato del 2021, a chiusura della lunga parte motiva volta ad affermare la non coerenza con il diritto euro-unitario delle proroghe introdotte dallo Stato italiano, hanno individuato anche alcune modalità che dovrebbero orientare le amministrazioni procedenti nella predisposizione dei futuri bandi di gara successivamente allo spirare del regime transitorio individuato nel 31.12.2023. Prima di indicare alcune linee guida utili per meglio costruire la *lex specialis*, tuttavia, i giudici amministrativi hanno chiarito, oltre ai contenuti ed ai limiti del concetto di “legittimo affidamento” del concessionario uscente, anche quando esso ricorra. In particolare, i giudici di Palazzo Spada hanno sottolineato che *“l’affidamento del concessionario dovrebbe trovare tutela (come chiarito da Corte di giustizia e anche dalla Corte costituzionale) non attraverso la proroga automatica, ma al momento di fissare le regole per la procedura di gara (par. 3 dell’art. 12 della direttiva e sentenza Promoimpresa par. 52-56)”*. Si tratta di un passaggio importante perché individua nel bando di gara la sede naturale all’interno della quale compensare e meditare i vari interessi in gioco: quelli pubblici e quelli privati. Interessante è anche lo snodo che la Plenaria del Consiglio di Stato ha compiuto riguardo allo specifico tema dell’affidamento del concessionario che in qualche modo si lega al problema della mediazione e composizione degli interessi contrapposti. A tale proposito i supremi giudici amministrativi hanno ricordato che la lettera di messa in mora della Commissione europea indirizzata all’Italia lo scorso 3 dicembre 2020¹⁰⁶ chiariva che *“secondo il diritto europeo un legittimo affidamento può sorgere solo se un certo numero di condizioni rigorose sono soddisfatte. In primo luogo, rassicurazioni precise, incondizionate e concordanti, provenienti da fonti autorizzate ed affidabili, devono essere state fornite all’interessato dall’amministrazione. In secondo luogo, tali*

¹⁰⁵Sul rapporto tra PA e privati in materia di concessioni demaniali marittime si rinvia a G. GUZZO – M. LUCHETTI, *Oneri concessori e demanio marittimo: alla ricerca di un difficile equilibrio tra disciplina generale e disciplina speciale*, in www.lexitalia.it, n. 3/2018.

¹⁰⁶ Sul tema si rinvia a G. GUZZO - R. PALLIGIANO, *Concessioni demaniali marittime e rapporto concessorio tra esigenze di tutela del privato e salvaguardia delle norme euro unitarie*, in www.lexitalia.it; n. 1/2021.

rassicurazioni devono essere idonee a generare fondate aspettative nel soggetto cui si rivolgono. In terzo luogo, siffatte rassicurazioni devono essere conformi alle norme applicabili". Ciononostante il Consiglio di Stato sembra disconoscere quanto sottolineato dalla Commissione europea dal momento che, scrivono i giudici amministrativi, *"Tali condizioni non sussistono nella materia in esame, specie se si considera che, ancor prima e a prescindere dalla direttiva 2006/123, il Consiglio di Stato aveva già affermato che per le concessioni demaniali la sottoposizione ai principi della concorrenza e dell'evidenza pubblica trova il suo presupposto sufficiente nella circostanza che con la concessione del bene pubblico si fornisca un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai suddetti principi di trasparenza e non discriminazione (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 25 gennaio 2005, n. 168, Id., sez. V, 31 maggio 2007, n. 2825). A ciò si aggiunga la considerazione che, su questa materia, la prima procedura di infrazione risale al 2008. Si tratta della procedura di infrazione n. 2008/4908, su cui v. la lettera di messa in mora inviata all'Italia il 29 gennaio 2009, iniziata in seguito della segnalazione dell'AGCM (segnalazione AS481 del 20 ottobre 2008), procedura poi chiusa nel 2012, confidando sul fatto che l'art. 11 d.l. n. 194/2009, conv. in l. n. 25/2010, aveva delegato il Governo ad emanare un decreto legislativo avente ad oggetto la revisione e il riordino della legislazione relativa alle concessioni demaniali marittime"*. Si tratta di una posizione per certi versi incomprensibile in quanto, da un canto, si evocano le precedenti procedure di infrazione, in specie la n. 2008/4908¹⁰⁷, e, da un altro, ci si discosta dai contenuti della lettera di costituzione in mora indirizzata all'Italia lo scorso 3 dicembre 2020 che pure aveva, a ragione, evocato la necessità di considerare il "legittimo affidamento" del concessionario uscente nel caso in cui ricorressero stringenti condizioni. In questa ottica a nulla serve richiamare la sentenza della Corte costituzionale n. 180/2010¹⁰⁸ giacché il principio affermato dal giudice delle leggi trova pacifica applicazione in tutte quelle fattispecie in cui non possa in alcun modo evocarsi il ricorrere di una qualsiasi forma di "legittimo affidamento" funzionale ad una proroga con la conseguenza che in ipotesi di tal fatta si viene, gioco forza, a creare "un'ingiustificata compressione dell'assetto concorrenziale del mercato della gestione del demanio marittimo, invadendo una competenza spettante allo Stato, violando il

¹⁰⁷ Sul tema si rinvia a G. GUZZO - R. PALLIGGIANO, *Concessioni demaniali marittime e rapporto consensuale tra esigenze di tutela del privato e salvaguardia delle norme euro unitarie*, in www.lexitalia.it; n. 1/2021; cit..

¹⁰⁸ Per una completa lettura del testo della sentenza si rinvia al sito www.cortecostituzionale.it.

principio di parità di trattamento (detto anche “di non discriminazione”), che si ricava dagli artt. 49 e ss. del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea, in tema di libertà di stabilimento, favorendo i vecchi concessionari a scapito degli aspiranti nuovi”. Sul punto è interessante osservare che i giudici della Plenaria hanno chiarito che se di “legittimo affidamento” si può parlare esso potrebbe essere preso in considerazione solo quando gli Stati membri stabiliscono “*le regole della procedura di selezione, [sulla base] di considerazioni legate a motivi imperativi d’interesse generale*”, precisando che si possa tenere conto di tali considerazioni “*solo al momento di stabilire le regole della procedura di selezione dei candidati potenziali e fatto salvo, in particolare, l’articolo 12, paragrafo 1, di tale direttiva [123/2006]*” e che comunque necessiti al riguardo “*una valutazione caso per caso che consenta di dimostrare che il titolare dell’autorizzazione poteva legittimamente aspettarsi il rinnovo della propria autorizzazione e ha effettuato i relativi investimenti*” (sentenza *Promoimpresa*)” soggiungendo che, in situazioni del genere, “*L’indizione di procedure competitive per l’assegnazione delle concessioni dovrà, pertanto, ove ne ricorrano i presupposti, essere supportata dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti, essendo tale meccanismo indispensabile per tutelare l’affidamento degli stessi*”. In altri termini, nessuna proroga delle concessioni demaniali in corso, ma soltanto il riconoscimento di un **indennizzo** e una non meglio precisata tutela degli investimenti effettuati dai concessionari uscenti¹⁰⁹. Va ricordato che anche recentemente il Consiglio di Stato ha ribadito che il concessionario uscente non vanta alcuna aspettativa o legittimo affidamento al rinnovo del rapporto “*sicché il relativo diniego, comunque esplicitato, nei limiti ordinari della ragionevolezza e della logicità dell’agire amministrativo, non necessita di ulteriore motivazione e non implica alcun “diritto d’insistenza” allorché la pubblica amministrazione intenda procedere a un nuovo sistema d’affidamento mediante gara pubblica o comunque procedura comparativa*”¹¹⁰. Tanto nonostante la stessa AP del Consiglio di Stato del 2021 abbia riconosciuto che la Direttiva n. 123/2006 non imponga il rispetto del principio di rotazione la cui applicazione pure osterebbe ad una proroga delle concessioni demaniali in corso seppure dettata da ragioni straordinarie legate al “legittimo affidamento” del concessionario. Ciò nondimeno, i giudici di Palazzo Spada, sempre con la sentenza n.

¹⁰⁹ In tema di indennizzo del concessionario si rinvia a GUZZO e M. LUCHETTI, *Concessioni demaniali e disciplina edilizia: sistemi convergenti o insanabile distonia?*, su www.lexitalia.it, n. 9/2017.

¹¹⁰ Così Consiglio di Stato, Sez. VII, sentenza n. 4481 del 20 maggio 2024. Per una consultazione integrale del testo si rinvia al sito istituzionale www.giustizia-amministrativa.it.

17/2021, si affrettano a suggerire che *“nel conferimento o nel rinnovo delle concessioni, andrebbero evitate ipotesi di preferenza “automatica” per i gestori uscenti, in quanto idonei a tradursi in un’asimmetria a favore dei soggetti che già operano sul mercato (circostanza che potrebbe verificarsi anche nell’ipotesi in cui le regole di gara consentano di tenere in considerazione gli investimenti effettuati senza considerare il parametro di efficienza quale presupposto di apprezzabilità dei medesimi)”*. Di tutt’altro tenore è il successivo snodo argomentativo svolto dal supremo Consesso amministrativo secondo il quale la durata massima delle concessioni dovrebbe essere stabilita dal legislatore nazionale atteso che si tratta di materia che rientra a pieno titolo nell’articolo 117, comma 2, lett. e) con gli inevitabili adattamenti del bando di gara predisposto dall’amministrazione aggiudicatrice. Del pari, ispirata ad una logica di buon senso, è anche l’individuazione della regola secondo la quale la durata delle concessioni andrebbe tarata sul valore della concessione e sulla complessità organizzativa della stessa e comunque la durata non dovrebbe eccedere il periodo di tempo necessario al recupero degli investimenti. Tale ultimo aspetto, seppur condivisibile in linea di principio, pone il problema del raccordo con l’eventuale termine massimo di durata delle concessioni demaniali che il legislatore nazionale dovrebbe fissare. *Quid iuris* nel caso in cui per il recupero degli investimenti occorrerà un tempo maggiore di quello massimo previsto dal legislatore? Verrà previsto un regime straordinario di *prorogatio* oppure la domanda di partecipazione alla gara del concorrente verrà semplicemente dichiarata inammissibile? Le risposte fornite recentemente dal legislatore italiano con la legge n. 166 del 14 novembre 2024, di conversione del d.l. n. 131 del 16 settembre 2024, appaiono clamorosamente insufficienti come meglio spiegato in precedenza. In questa sede ci si limiterà ad osservare che la previsione contenuta nell’art. 4, comma 9, della legge n. 118/2022, a seguito della novella apportata dal d.l. n. 131/2024, ossia la liquidazione di *“un indennizzo pari al valore degli investimenti non ancora ammortizzati”*, nonché *“un’equa remunerazione di quanto sugli investimenti effettuati negli ultimi cinque anni, stabilita sulla base di criteri previsti con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze da adottare entro il 31 marzo 2025”* appare veramente iniqua oltre a sollevare qualche dubbio di tenuta costituzionale.

14. La giurisprudenza penale

A fronte delle stringenti prescrizioni contenute nelle due sentenze dell'A.P. nn. 17 e 18 del 2021 si contrappone la severa elaborazione giurisprudenziale, in specie del giudice penale. Com'è noto, l'art. 44 del T.U. n. 380/2001, nel riprodurre integralmente lo schema dell'art. 20 della legge n. 47/1985, rappresenta ancora oggi la norma attorno alla quale ruota l'intero sistema sanzionatorio degli illeciti edilizi. Essa, infatti, declina i reati urbanistico-edilizi in tre distinte previsioni alle quali correla sanzioni penali di diversa entità raddoppiate dall'art. 42, comma 37, della legge n. 326/2003. Le sanzioni penali sono così suddivise: lett. a): l'inosservanza delle norme, prescrizioni e modalità esecutive previste dal titolo IV dello stesso T.U., nonché dai regolamenti edilizi, dagli strumenti urbanistici e dal permesso di costruire (punita con l'ammenda fino a 20.658 euro); lett. b): l'esecuzione di lavori in totale difformità o in assenza del permesso di costruire; la prosecuzione dei lavori nonostante l'ordine di sospensione; (fattispecie punite con l'arresto fino a 2 anni e l'ammenda da 10.328 euro a 103.290 euro); lett. c): la lottizzazione abusiva di terreni a scopo edilizio (come individuata dall'art. 30, comma 1, dello stesso T.U.); gli interventi edilizi, nelle zone sottoposte a vincolo storico, artistico, archeologico, paesistico ed ambientale, effettuati in variazione essenziale, in totale difformità o in assenza del permesso di costruire. Tali fattispecie sono punite con l'arresto fino a 2 anni e l'ammenda da 30.986 euro a 103.290 euro. Le segnalate previsioni sanzionatorie hanno preso il posto, a partire dal 17 marzo 1985 (entrata in vigore della legge n. 47/85), di quelle previste dall'art. 17 della legge 28.1.1977 n. 10, così testualmente formulate: *“(...) Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato e ferme le sanzioni previste dal precedente art. 15 si applica: a) l'ammenda fino a lire 2 milioni per l'inosservanza delle norme, prescrizioni e modalità esecutive previste dalla presente legge, dalla legge 17 agosto 1942, n. 1150, e successive modificazioni ed integrazioni, in quanto applicabile, nonché dai regolamenti edilizi, dagli strumenti urbanistici e dalla concessione; b) l'arresto fino a sei mesi e l'ammenda fino a lire 5 milioni nei casi di esecuzione dei lavori in totale difformità o in assenza della concessione o di prosecuzione di essi nonostante l'ordine di sospensione o di inosservanza del disposto dell'art. 28 della legge 17 agosto 1942, n. 1150, e successive modificazioni (...)”*. L'art. 17, a sua volta, aveva sostituito totalmente l'art. 41 della legge n. 1150/1942 attuando una precisazione degli illeciti penalmente punibili ed inasprendo le pene pecuniarie. I reati previsti dall'art. 44 del T.U.E. n. 380/2001 costituiscono fattispecie legali commissive mediante inosservanza di prescrizioni. A

questo si aggiunga che trattandosi di illeciti diversi possono anche concorrere materialmente. Ad esempio, nell'ipotesi di costruzione iniziata senza permesso di costruire e di prosecuzione dei lavori dopo l'ordine di sospensione, devono ravvisarsi due *autonomi reati*: è indubbio, infatti, che la prosecuzione dei lavori, dopo l'intervento dell'ordine di sospensione, concreta una nuova attività illecita. Va escluso, invece, il concorso di reati tra la contravvenzione prevista dall'art. 44, lett. *b*) e quella prevista dalla lettera *a*) dello stesso articolo: il primo reato (più grave), infatti, contiene ed assorbe il secondo. L'ipotesi di cui all'art. 44, lett. *c*), configura un'autonoma ipotesi di reato e non una semplice aggravante della contravvenzione prevista dalla lettera *b*) del medesimo articolo. Tale circostanza è stata confermata da tempo dalla giurisprudenza penale che ha chiarito che: “(...) *La fattispecie di cui all'art. 20, lett. c), L. 28 febbraio 1995, n. 47 costituisce ipotesi autonoma di reato rispetto a quelle di cui alle precedenti lett. a), b) dello stesso articolo e non circostanza aggravante; ne deriva che non è possibile il giudizio di bilanciamento, ex art. 69 cod. pen., con eventuali circostanze attenuanti (...)*”¹¹¹. Ancora. La stessa giurisprudenza penale ha avuto modo di sottolineare in merito al rapporto tra le tre ipotesi declinate dalle lettere *a*), *b*) e *c*) dell'art. 44 - come già cennato riprodotte l'intera lettera del precedente art. 20 della legge n. 47/85 - che: “(...) *L'art. 20 della legge 28 febbraio 1985, n. 47 comprende tre ipotesi di reato urbanistico con pene edittali progressivamente più gravi in rapporto all'offensività della condotta illecita. La fattispecie di cui alla lett. c), a differenza di quella prevista dalla lettera b), si riferisce agli «abusi urbanistici» commessi in zone «sottoposte a vincolo storico, archeologico, paesistico ambientale», nonché alla «lottizzazione abusiva di terreni a scopo edilizio», mentre la fattispecie di cui alla lett. b) ha una portata residuale, concernendo gli abusi urbanistici commessi al di fuori dei casi sopra ricordati. Come, peraltro, lascia ben intendere l'inclusione anche del reato di lottizzazione abusiva, la previsione dell'art. 20, lett. c), la cui pena edittale viene autonomamente stabilita, si caratterizza per un'elevata potenzialità offensiva della condotta con riguardo al valore urbanistico-culturale tutelato, senza limitarsi a richiamare elementi oggettivi e soggettivi ulteriori rispetto a quello sussunto sotto la lettera precedente. L'interesse protetto dalla lett. c) ha, dunque, ad un tempo, una natura urbanistica e culturale-ambientale, identificando, nella pienezza dei suoi attributi, l'oggetto sul quale va ad incidere la condotta trasgressiva, cioè il luogo di*

¹¹¹ Cass. Pen., Sezione III, sentenza n. 1248/1998; in www.giurisprudenzapenale.com.

vita, di lavoro e di benessere psichico e fisico della collettività, vale a dire l'habitat, con riguardo alla complessa personalità dell'abitante, secondo una ampiezza di concezione che corrisponde al contenuto precettivo degli strumenti urbanistici e che risulta confermata anche da quello strumento urbanistico di tutela ambientale previsto dalla legge 8 agosto 1985, n. 431. Conseguentemente non è dato sostenere un rapporto di specialità tra le due fattispecie ovvero assumere che l'ipotesi prevista dall'art. 20, lett. c) sia una fattispecie aggravata del reato di cui alla lett. b) dello stesso articolo (...)”¹¹². Con particolare riferimento agli illeciti penali collegati agli stabilimenti balneari, poi, pare opportuno sottolineare che la suprema Corte di cassazione penale in passato ha chiarito che:“(…) Nemmeno il carattere stagionale dell'attività implica di per sé la precarietà dell'opera, la precarietà non va confusa con la stagionalità, vale a dire con l'utilizzo annualmente ricorrente della struttura, né con la possibilità di smontare il manufatto non infisso al suolo. (Si veda in proposito Cass. Sez. 3, n. 966 del 26/11/2014, Manfredini, secondo cui ...al fine di ritenere sottratta al preventivo rilascio del permesso di costruire la realizzazione di un manufatto per la sua asserita natura precaria, la stessa non può essere desunta dalla temporaneità della destinazione soggettivamente data all'opera dal costruttore, ma deve ricollegarsi alla intrinseca destinazione materiale dell'opera ad un uso realmente precario e temporaneo per fini specifici, contingenti e limitati nel tempo, con conseguente possibilità di successiva e sollecita eliminazione, non risultando, peraltro, sufficiente la sua rimovibilità o il mancato ancoraggio al suolo)”¹¹³. Gli stessi Ermellini, in un altro arresto, hanno osservato che:“(…) La mancata rimozione al termine della stagione, pure accertata in fatto, come indicato dal Tribunale, configura, di per sé, come già ricordato, il reato urbanistico, così come questo sarebbe configurabile nel caso in cui le opere realizzate consistessero in strutture permanenti, incompatibili con il ricordato concetto di "stagionalità" (né potrebbe ritenersi valido, a tale proposito, il riferimento, effettuato in ricorso, a strutture amovibili, ombrelloni, sdraio etc. che per la loro natura e consistenza non richiederebbero alcun titolo abilitativo)”¹¹⁴. La massima riportata, dunque, chiarisce che secondo i giudici penali, prima della legge n. 166/2024, sussisteva una perfetta simmetria tra le opere stagionali e quelle stabilmente ancorate sul suolo. La stessa Corte, infatti, in passato ha avuto modo di evidenziare che l'illecito edilizio“(…) si configura non soltanto attraverso l'occupazione del suolo demaniale in assenza

¹¹² Cass. Pen. Sezione VI, sentenza n. 6337/1994; in www.giurisprudenzapenale.com.

¹¹³ Cass. Pen. Sezione III, sentenza n. 36605/2017; in www.ambientediritto.it.

¹¹⁴ Cass. Pen. Sezione III, sentenza n. 32966/2013; in www.ambientediritto.it.

di concessione, ma anche quando l'occupazione, effettuata sulla base di una autorizzazione stagionale, si protragga oltre il termine della stagione balneare, ciò in quanto la natura pluriennale del titolo abilitante esonera il concessionario dalla richiesta annuale, ma non esclude l'obbligo di rimuovere quanto collocato al termine del periodo di utilizzo previsto (Sez. III n. 19962, 23 maggio 2007; Sez. 3^a n. 17062, 18 maggio 2006) nonché quando l'occupazione del demanio si protrae oltre la scadenza della concessione sino al rilascio della nuova, pur già richiesta (Sez. 3^a n.29910, 26 luglio 2011; Sez. 3^a n. 16495, 28 aprile 2010; Sez. 3^a n. 16570, 2 maggio 2007; Sez. 3^a n. 3535, 24 gennaio 2003; Sez. 3^a n. 2545, 17 marzo 1997)”¹¹⁵. In sostanza, “(...) Il reato previsto dagli artt. 55 e 1161 cod. nav. ha natura di reato permanente per il quale la permanenza cessa solo con la demolizione del manufatto edificato entro la fascia demaniale o con il conseguimento dell'autorizzazione prescritta, dal momento che la norma è posta a tutela della sicurezza della navigazione marittima nelle zone prossime al demanio (Sez. 3, n. 3848 del 06/11/1997, Padova; cfr. altresì Sez. U, n. 17178 del 27/02/2002, Cavallaro)”¹¹⁶. Nello stesso solco si collocava anche il successivo recente arresto della suprema Corte che, in linea con il precedente orientamento, ribadiva come fosse “(...) arbitraria l'occupazione del demanio marittimo protrattasi oltre la scadenza della concessione sino al rilascio della nuova, pur se già richiesta, con la conseguente sussistenza degli indizi del reato di cui agli artt. 54 e 1161 cod. nav. per effetto ed in conseguenza del mantenimento del manufatto realizzato dall'indagato oltre la scadenza del termine indicato nella concessione. Non rileva, infatti, al riguardo la circostanza che il permesso di costruire contemplasse un termine di tre anni per la realizzazione dell'opera, dovendo comunque la stessa essere realizzata con le caratteristiche costruttive e di amovibilità stabilite nel permesso, onde consentirne in ogni caso, anche qualora già ultimata, la rimozione completa alla scadenza del termine stabilito nella concessione dell'area demaniale, ricorrendo comunque i presupposti del sequestro, sia per evitare il protrarsi della occupazione illecita dell'area demaniale su cui insiste l'opera, in relazione al reato di cui all'art. 1161 cod. nav., sia perché il sequestro preventivo di cose pertinenti al reato può essere adottato anche su un immobile abusivo già ultimato e rifinito, laddove la libera disponibilità di esso possa concretamente pregiudicare gli interessi attinenti alla gestione del territorio ed incidere

¹¹⁵ Cass. Pen. Sezione III, sentenza n. 32966/2013; cit.; in www.ambientediritto.it.

¹¹⁶ Cass. Pen. Sezione III, sentenza n. 36605/2017; cit.; in www.ambientediritto.it.

sul carico urbanistico (...).¹¹⁷ E' del tutto evidente che alla luce dei recenti approdi legislativi tale orientamento sia destinato a mutare sensibilmente. Infatti, per effetto dell'art. 1, comma 1 punto 3), della legge n. 166/2024 è stato aggiunto all'art. 3 della legge n. 118/2024 il comma 3 bis a tenore del quale: *“I titolari delle concessioni demaniali marittime per l'esercizio delle attività turistico-ricreative e dei punti di approdo con finalità turistico-ricreative in cui sono installati manufatti amovibili di cui alla lettera e.5) del comma 1 dell'articolo 3 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, possono, in vigore del titolo concessorio e ferma restando la corresponsione del relativo canone, fino alla data di aggiudicazione delle procedure selettive avviate ai sensi dell'articolo 1, comma 1, lettera a), numero 1.1), secondo periodo, del decreto-legge 16 settembre 2024, n. 131, mantenere installati i predetti manufatti anche nel periodo di sospensione stagionale dell'esercizio delle attività turistico-ricreative. Sono fatti salvi eventuali provvedimenti di demolizione adottati prima della data di entrata in vigore della presente disposizione”*. Dal che ne discende l'irrilevanza penale della perdurante installazione dei manufatti amovibili su aree demaniali affidate in concessione almeno fino alla data di aggiudicazione delle nuove gare e dunque fino al 30 settembre 2024 e comunque non oltre il 31 marzo 2028 in base a quanto previsto dal novellato comma 3 dell'art. 3 della citata legge n. 118/2022 il quale, nella versione introdotta dalla legge n. 166/2024, prevede che, *“In presenza di ragioni oggettive che impediscono la conclusione della procedura selettiva, secondo le modalità stabilite dall'articolo 4, entro il 30 settembre 2027, 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”*.

15. L'illecito ed il regime sanzionatorio

Nella categoria degli illeciti che investe le opere realizzate su beni oggetto di concessioni demaniali marittime deve evidenziarsi la distinzione tra l'illecito di cui all'art. 1161 e quello di cui all'art. 1164 del codice.

Con la legge delega n. 205 del 1999 il legislatore ha delegato il governo al fine di depenalizzare i reati minori trasformandoli in illeciti amministrativi; la delega è stata

¹¹⁷ Cass. Pen., Sezione III, sentenza n. 5629/2017; in www.ambientediritto.it.

assolta con il decreto legislativo n. 507 del 1999 con il quale l'organo esecutivo, per quanto attiene al diritto della navigazione, ha traslato nell'alveo amministrativo alcune condotte prima assoggettate alla norma penale. Fra queste vi è quella prevista all'art. 1164 che al primo comma indica *“Chiunque non osserva una disposizione di legge o di regolamento, ovvero un provvedimento legalmente dato dall'autorità competente relativamente all'uso del demanio marittimo o aeronautico ovvero alle zone portuali della navigazione interna è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 1.032 a euro 3.098”*. Con la riforma del 1999 il sistema sanzionatorio complessivo in materia di disciplina della navigazione è stato sensibilmente modificato, in quanto molte contravvenzioni contenute nel codice della navigazione sono state “degradate” in illeciti amministrativi, e fra queste, appunto, anche l'art. 1164.

Sono stati, invece, lasciati fuori dalla modifica l'art. 1161, il 1176, nonché l'intero Capo VI dedicato alle contravvenzioni concernenti le disposizioni sulla sicurezza della navigazione. L'art. 1161 così recita *“Chiunque arbitrariamente occupa uno spazio del demanio marittimo o aeronautico o delle zone portuali della navigazione interna, ne impedisce l'uso pubblico o vi fa delle innovazioni non autorizzate, ovvero non osserva le disposizioni degli articoli 55, 714 e 716, è punito con l'arresto fino a sei mesi o con l'ammenda fino a euro 516, sempre che il fatto non costituisca un più grave reato”*. Sono dunque colpite quattro specifiche condotte, che sono: l'abusiva occupazione di spazio demaniale, l'impedimento dell'uso pubblico, l'innovazione non autorizzata e la violazione degli articoli dello stesso codice 55, 714, 716. Il precetto è puntuale, in quanto individua con esattezza le condotte determinanti una violazione di tipo penale¹¹⁸. L'art. 1161 è dunque una norma penale, che configura un reato nelle quattro ipotesi predette non degradato in illecito amministrativo. Di tale illecito i tratti distintivi sono: quanto all'elemento oggettivo, le ipotesi astratte contemplano condotte illecite a “forma libera” e a “forma mista” (Cass. n. 611/2001); sotto il profilo dell'elemento soggettivo, è richiesta la precisa consapevolezza dell'azione posta in violazione degli elementi normativi della fattispecie (c.d. illiceità “speciale”) (Cass. sez. 3 penale, 29915/2011); quanto, infine, al momento consumativo, trattandosi di un reato permanente la violazione persiste finché dura la condotta antiggiuridica correlata all'assenza di legittimazione (originaria o sopravvenuta) dell'agente (Cass. sez. 3 penale, n.

¹¹⁸ G. GUZZO – M. LUCCHETTI, *“Concessioni demaniali e disciplina edilizia: sistemi convergenti o insanabile distonia?”*; in www.lexitalia.it, n. 11/2017: cit.

1624/2002).

Rileva in ambito penalistico pure l'art. 24 reg. cod. nav. *“1. La concessione è fatta entro i limiti di spazio e di tempo e per le opere, gli usi e le facoltà risultanti dall'atto o dalla licenza di concessione. 2. Qualsiasi variazione nell'estensione della zona concessa o nelle opere o nelle modalità di esercizio deve essere richiesta preventivamente e può essere consentita mediante atto o licenza suppletivi dopo l'espletamento della istruttoria. Qualora, peraltro, non venga apportata alterazione sostanziale al complesso della concessione o non vi sia modifica nell'estensione della zona demaniale, la variazione può essere autorizzata per iscritto dal capo del compartimento, previo nulla osta dell'autorità che ha approvato l'atto.”*

L'interpretazione di tale norma, rubricata quale *“Variazioni al contenuto della concessione”*, è particolarmente rigorosa. La sesta sezione del Consiglio di Stato, nella sentenza del 24 novembre 2016 n. 4951, ribadisce il contenuto del divieto e ne chiarisce il perimetro. La realizzazione di un'opera, anche se di scarso impatto, costituisce secondo il *dictum* del Supremo Consesso un **abuso demaniale** a cui l'art. 54 del codice¹¹⁹ fa corrispondere l'applicazione dell'ingiunzione di sgombero. Non rileva, ai fini della comminatoria dell'ingiunzione e della violazione del predetto articolo 24 l'entità dell'opera, dovendosi far ricadere nell'ambito applicativo del divieto *qualsiasi variazione* che si viene a produrre ogniqualvolta l'opera rappresenti qualcosa di “diverso” e “nuovo” rispetto a quanto autorizzato in concessione. Specifica infatti sul punto la sezione che, sebbene l'art. 24 del Regolamento utilizzi il termine “*variazione*” e l'art. 54 del Codice quello di “*innovazione*”, la differenza terminologica non importa, concettualmente, alcuna distinzione, dovendosi ancorare l'illecito al dato fattuale della modifica.

Anche in questo caso è dai Giudici sottolineata l'autonomia dei titoli, quello edilizio e quello demaniale, e la conseguente autonomia degli ambiti di illecito.

Principio cardine è che l'abilitazione edilizia, se anche ottenuta, non riverbera i suoi effetti positivi sul piano demaniale; posto che gli interessi tutelati nell'uno e nell'altro caso sono differenti, sebbene l'autorità amministrativa – come nel caso scrutinato dal Consiglio di Stato – possa essere la stessa preposta alla tutela di entrambi (ad esempio, organo dirigenziale del Comune), occorreranno, al fine di evitare conseguenze anche

¹¹⁹Art. 54 Cod. Nav. *“Qualora siano abusivamente occupate zone del demanio marittimo o vi siano eseguite innovazioni non autorizzate, il capo del compartimento ingiunge al contravventore di rimettere le cose in pristino entro il termine a tal fine stabilito e, in caso di mancata esecuzione dell'ordine, provvede d'ufficio, a spese dell'interessato”.*

penali correlate all'art. 54, distinti atti autorizzativi.

Vi sono poi casi non insoliti di autorizzazione all'affidamento a terzi soggetti dell'attività oggetto della concessione demaniale, a norma dell'art. 45 *bis*¹²⁰ cod. nav., sui quali anche recentemente¹²¹ è tornato il Consiglio di Stato rimarcando il dato imprescindibile della preventiva autorizzazione a cura della P.A. concedente.

L'omessa richiesta di affidare a terzi tutta l'attività, o parte di essa, determina il potere in capo all'Amministrazione di applicare l'indennizzo, tipizzato all'art. 8 d.l. n. 400/1993, come modificato dall'art. 1 comma 257 l. n. 296/2006 (Finanziaria 2007), per **occupazione illegittima** del bene demaniale. La *ratio legis* risiederebbe nella tutela dell'interesse pubblico alla salvaguardia del bene stesso, e nella necessità per l'amministrazione di vigilare in ordine all'utilizzo del bene da parte del concessionario, evitando illegittime rendite di posizione che si produrrebbero laddove lo stesso, una volta assicuratosi il bene, lo "ritrasferisse" ad altri applicando condizioni arbitrariamente determinate.

Altro illecito che con una certa frequenza è dato riscontrare, anche per un'incertezza spesso "cronica" in ordine all'ubicazione sul litorale delle concessioni e/o in ordine agli esatti confini, è quello riconducibile all'art. 633 c.p. sull'invasione dei terreni demaniali. Rispetto all'illecito edilizio, la Cassazione, sezione II penale, nella pronuncia del 18 aprile 2016 n. 15933 ha delineato la linea di confine rappresentando come mentre per l'abuso edilizio la fattispecie può estinguersi per prescrizione, nell'ipotesi dell'art. 633 l'offesa è rivolta al patrimonio demaniale e pertanto il reato è di natura permanente. Nella fattispecie ivi esaminata la Suprema Corte ha distinto il reato edilizio, estinto per prescrizione, dal concorrente reato di cui agli artt. 633 e 639 bis c.p. che è reato permanente ove l'offesa al patrimonio demaniale perdura sino a quando continua l'invasione arbitraria del terreno al fine di occuparlo e di trarne profitto. Dello stesso avviso anche la Cassazione sez. 3 penale, n. 48520 del 22.1.2004.

¹²⁰ Art. 45 bis "Il concessionario, in casi eccezionali e per periodi determinati, previa autorizzazione dell'autorità competente, può affidare ad altri soggetti la gestione delle attività secondarie nell'ambito della concessione".

¹²¹ M. LUCHETTI, "Concessione ed affidamento art. 45 bis cod. nav. non autorizzata", nota a sentenza CdS, sezione VI, 3 febbraio 2017 n. 467, www.ildirittoamministrativo.it

16. La “vischiosità” normativa dalla l. n. 118/2022 al d.l. n. 198/2023 fino alla legge n. 166/2024

Le sentenze dell’AP del Consiglio di Stato nn. 17 e 18 del 9 novembre 2021 com’è noto fissarono il termine ultimo per la scadenza delle concessioni demaniali marittime al 31 dicembre 2023 esortando il legislatore nazionale a conformarsi ai principi euro-unitari e a quanto prescritto dagli stessi magistrati di Palazzo Spada anche in ragione del fatto che, nel frattempo, la Commissione europea aveva avviato nei confronti dell’Italia una procedura di infrazione con lettera di messa in mora del 3 dicembre 2020. Dunque, occorreva introdurre una disciplina organica che garantisse la piena applicazione dell’art. 12 della “Direttiva Bolkestein” anche al comparto dei balneari con conseguente obbligo di avviare la procedura di evidenza pubblica per l’affidamento delle concessioni demaniali marittime. Fu così che il legislatore, in occasione della predisposizione della “*Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*”, dettò le prime norme organiche intese a definire in modo compiuto l’intera disciplina delle concessioni demaniali marittime di natura turistico-ricreativa. La legge, ancora in vigore, nella originaria stesura presentava diversi elementi di novità rispetto alla precedente legge n. 145/2018 i cui commi 675-683 dell’art. 1 venivano espressamente abrogati e con essi la prevista proroga al 31 dicembre 2033. Tuttavia, anche la legge 118/2022, dopo avere confermato la scadenza delle concessioni demaniali marittime entro il 31 dicembre 2023, finiva per introdurre l’ennesima proroga, questa volta definita “*tecnica*”, *che differiva al 31 dicembre 2024 la cessazione dei rapporti concessori ancora in essere “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”* (art. 3, comma 3, l. n. 118/2022. Ciononostante, l’art. 4 della legge n. 118/2022 demandava al Governo il compito di adottare uno o più decreti legislativi “*volti a riordinare e semplificare la disciplina in materia di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per finalità turistico-ricreative e sportive, ivi incluse quelle affidate ad associazioni e società senza fini di lucro, con esclusione delle concessioni relative ad aree, strutture e infrastrutture dedicate alla cantieristica navale, all’acquacoltura e alla mitilicoltura*” elencando una serie di principi e criteri direttivi anche in deroga al codice della navigazione. Dunque,

la legge n. 118/2022 delegava espressamente l'Esecutivo affinché entro mesi sei dalla data di entrata in vigore della stessa (27.8.2022) licenziasse una disciplina organica delle concessioni demaniali marittime. Tra i principi e criteri direttivi cui il Governo avrebbe dovuto attenersi, una particolare annotazione la merita sia *“l'adeguata considerazione degli investimenti, del valore aziendale dell'impresa e dei beni materiali e immateriali, della professionalità acquisita anche da parte di imprese titolari di strutture turistico-ricettive che gestiscono concessioni demaniali”* (lett. c) del comma 2 dell'art. 4) che la particolare attenzione alle piccole imprese, soprattutto quelle monoreddito (art. 4, comma 2, lett. e), nn. 1) e 5.2). Inoltre, l'art. 4, comma 2, lett. e), al n. 7) conteneva la previsione secondo la quale la durata della concessione non fosse 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”* senza prevedere una durata minima o massima del titolo. Purtroppo, il Governo non ha esercitato la delega nei sei mesi successivi al 27 agosto 2022 (data di entrata in vigore della legge) con la conseguenza che tali criteri e principi direttivi sono stati posti nel nulla. Invece, l'Esecutivo ha trovato il modo di inserire all'interno del decreto legge n. 198 del 29 dicembre 2022¹²², contenente ***“Disposizioni urgenti in materia di termini legislativi”***, una ulteriore proroga a quella già prevista dalla legge n. 118/2022. Infatti, l'art. 10 *quater*, oltre ad istituire presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri un tavolo tecnico con compiti consultivi e di indirizzo in materia di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali - la cui funzione è quella di definire i criteri tecnici per la determinazione della sussistenza della *“scarsità della risorsa naturale”* disponibile, tenuto conto sia del dato complessivo nazionale che di quello disaggregato a livello regionale, e della rilevanza economica transfrontaliera - ha anche modificato i commi 3 e 4 dell'art. 3 della legge n. 118/2022 differendo al 31 dicembre 2024 la scadenza delle concessioni demaniali marittime in modo indifferenziato o, in alternativa, al 31 dicembre 2025, nel caso in cui per circostanze straordinarie non fosse stato possibile aggiudicare le gare entro il 31 dicembre 2024, fermo restando che *“Le concessioni e i rapporti di cui all'articolo 3, comma 1, lettere a) e b), della legge 5 agosto 2022, n. 118, continuano in ogni caso ad avere efficacia sino*

¹²²Il decreto-legge n. 198/2022 è stato pubblicato sulla GU n. 303 del 29 dicembre 2022 ed è stato convertito, con modifiche, nella legge n. 14 del 24 febbraio 2023.

alla data di rilascio dei nuovi provvedimenti concessori”. Si tratta chiaramente di un maldestro tentativo volto ad eludere la proroga tecnica prevista dall’art. 3, comma 3, della vigente legge n. 118/2022 che è stato immediatamente sventato dai giudici amministrativi sin dalla entrata in vigore del testo di legge. Infatti, il Consiglio di Stato, con sentenza n. 2192 del 1° marzo 2023¹²³, ha chiarito che *“sulla base di quanto affermato dall’Adunanza Plenaria, con le ricordate sentenze nn. 17 e 18 del 2021, non solo i commi 682 e 683 dell’art. 1 della L. n. 145/2018, ma anche la nuova norma contenuta nell’art. 10-quater, comma 3, del D.L. 29/12/2022, n. 198, conv. in L. 24/2/2023, n. 14, che prevede la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere, si pone in frontale contrasto con la sopra richiamata disciplina di cui all’art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE, e va, conseguentemente, disapplicata da qualunque organo dello Stato”*. Alla luce dell’arresto segnalato (e di tanti altri che ne sono seguiti) si è posto con una certa urgenza la necessità di regolamentare in modo organico il settore dei balneari. Il legislatore, considerata la necessità di regole certe anche per l’avvicinarsi del 31 dicembre 2024, ha inserito la disciplina di settore all’interno del d.l. n. 131 del 16 settembre 2024, recentemente convertito con modifiche nella legge n. 166 del 14 novembre 2024. Il decreto-legge n. 131/2024 sintomaticamente contiene *“Disposizioni urgenti per l’attuazione di obblighi derivanti da atti dell’Unione europea e da procedure di infrazione e pre-infrazione pendenti nei confronti dello Stato italiano”*. In altri termini, la predisposizione di un quadro regolatorio riguardante la disciplina delle concessioni demaniali marittime nasce dall’esigenza di evitare che si concluda nei confronti dell’Italia la procedura di infrazione avviata lo scorso 3 dicembre 2020 oltre che, come innanzi ricordato, dall’avvicinarsi della data del 31 dicembre 2024, termine entro il quale tutte le concessioni demaniali in essere devono intendersi cessate. Nel complesso si tratta dell’ennesimo tentativo del Governo italiano di differire la scadenza delle concessioni demaniali marittime con una differenza sostanziale: questa volta la “riforma” è stata concordata con la Commissione europea. In realtà, sia il d.l. n. 131/2024 che la successiva legge di conversione n. 166/2024 hanno introdotto l’ennesima proroga generalizzata dei titoli concessori prevedendo la scadenza degli stessi (ad oggi) entro il 30 settembre 2027 o, in alternativa, qualora ricorrano circostanze (poco) straordinarie, entro il 31 marzo 2028. La tecnica utilizzata dal legislatore del 2024 è stata quella di modificare i commi 1- 3 dell’art. 3 della legge n. 118/2022 con l’unica differenza

¹²³Per una consultazione integrale del testo della sentenza si rinvia al sito istituzionale www.giustizia-amministrativa.it.

rispetto al passato che le PA potranno indire le procedure anche prima del 30 settembre 2027 a partire dal 31 marzo 2025, termine ultimo entro il quale il Ministro dei trasporti e delle infrastrutture, ai sensi del novellato comma 9 dell'art. 4 della legge n. 118/2022, dovrà licenziare il decreto che contiene i criteri di determinazione dell'indennizzo da corrispondere al concessionario uscente il cui ammontare dovrà essere *“pari al valore degli investimenti effettuati e non ancora ammortizzati al termine della concessione, ivi compresi gli investimenti effettuati in conseguenza di eventi calamitosi debitamente dichiarati dalle autorità competenti ovvero in conseguenza di sopravvenuti obblighi di legge, al netto di ogni misura di aiuto o sovvenzione pubblica eventualmente percepita e non rimborsata, nonché pari a quanto necessario per garantire al concessionario uscente un'equa remunerazione sugli investimenti effettuati negli ultimi cinque anni”*. Ora, in disparte le criticità insite in tale disposizione, certamente più restrittiva rispetto alla primigenia previsione contenuta nella legge n. 118/2022 in tema di quantificazione dell'indennizzo (si parlava di “valore aziendale”), la novella del 2024 rappresenta a tutti gli effetti l'ennesimo tentativo mascherato di proroga indifferenziata delle concessioni demaniali marittime di natura turistico-ricreativa questa volta, però, come già si è avuto modo di sottolineare, con la decisiva “benedizione” dell'Ue e con buona pace di tutti i principi eurounionali contenuti nel TFUE rigorosamente applicati nelle innumerevoli pronunce della CGUE dalla sentenza *“Promoimpresa”* del 2016 al più recente *decisum* cd. *“Ginosa”* del 20 aprile 2023. Resta da capire quale sarà al riguardo la posizione della magistratura italiana, in specie di quella amministrativa, che in modo molto rigoroso, non più tardi di tre anni fa, aveva indicato quale data di cessazione delle concessioni in essere il 31 dicembre 2023.

17. Considerazioni finali su alcune questioni irrisolte

Quanti speravano che le sentenze nn. 17 e 18 del novembre 2021 dell'AP del Consiglio di Stato potessero definire stabilmente il perimetro temporale della durata delle concessioni demaniali marittime di natura turistico-ricreativa si sono dovuti ricredere. Il termine ultimo fissato dai giudici di Palazzo Spada al 31 dicembre 2023 è stato sistematicamente disatteso non tanto per volontà dei magistrati a vario titolo chiamati ad occuparsi della *vexata questio* e sempre ligi ai principi posti dalla AP del 2021 quanto, piuttosto, dallo stesso legislatore nazionale con la “complicità” delle istituzioni europee. Oggi, per effetto del novellato comma 3 dell'art. 3 della legge n. 118/2022, il termine ultimo entro il quale le amministrazioni pubbliche potranno bandire le nuove gare è

slittato al 30 settembre 2027 se non addirittura, qualora ricorrano talune (poco) straordinarie condizioni, al 31 marzo 2028. La ragione “tecnica” che giustifica questa ennesima proroga è che in realtà non si tratti di una proroga generalizzata ed automatica dei titoli concessori in essere, ma di una proroga a geometria variabile. In altri termini le PA, una volta licenziato entro il 31 marzo 2025 il decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti (di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze) che dovrà fissare i criteri di determinazione dell’indennizzo “*a carico del concessionario subentrante*”, saranno libere di avviare in ordine sparso le gare.

Il paravento concordato dal Governo italiano con Bruxelles presta il fianco a diversi rilievi critici. Su tutti basti osservare che la proroga generalizzata ha riguardato tutti i concessionari i quali, indistintamente, si sono visti “allungare” i tempi di scadenza dei relativi titoli dall’originaria *deadline* del 31 dicembre 2023 o, in base a quanto stabilito dall’art. 3 della legge n. 118/2022 prima della novella del 2024, dal 31 dicembre 2024 ad almeno il 31 marzo 2025, visto che prima di tale data le nuove gare non potranno di certo essere bandite essendo il versamento dell’indennizzo al concessionario uscente condizione indispensabile per l’affidamento della nuova concessione demaniale.

Poco cambia l’inserimento nel comma 1 del novellato art. 3 della legge 118/2022 di una norma di salvaguardia che non pregiudichi “*la validità delle procedure selettive nonché la decorrenza del rapporto concessorio, deliberate anteriormente alla data di entrata in vigore del presente decreto [d.l. n. 131/2024] e, successivamente, fino al 30 settembre 2027 con adeguata motivazione ai sensi dell’articolo 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241, nel rispetto, limitatamente alle procedure avviate successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto, delle modalità e dei criteri di cui all’articolo 4 della legge 5 agosto 2022, n. 118*”.

La proroga esiste ed è generalizzata al pari di tutte le precedenti proroghe (anche tecniche) che si sono succedute nel corso degli ultimi quindici anni.

Dunque, nessuna differenza sul piano della incoerenza con quadro regolatorio euro-unitario.

Altro aspetto critico riguarda l’adozione dell’atteso decreto del MIT entro il 31 marzo 2025 cui viene demandato il compito di determinare l’indennizzo da versare in favore del concessionario uscente.

In primo luogo, qualora tale atto non venisse licenziato dal Ministero si verificherebbe inevitabilmente un ulteriore slittamento dell’avvio delle nuove procedure di evidenza

pubblica intese ad aggiudicare le concessioni demaniali marittime. Ipotesi questa tutt'altro che peregrina.

In secondo luogo, “il rischio di sistema” che si annida in tale tecnica legislativa è che possano essere ulteriormente spostati in avanti anche i termini finali del 30 settembre 2027 o del 31 marzo 2028 oggi previsti, naturalmente “*Al fine di consentire l'ordinata programmazione delle procedure di affidamento*” come recita il novellato comma 1 dell'art. 3 della legge n. 118/2022” come scritto nel novellato comma 1 dell'art. 3 della legge n. 118/2022.

In terzo luogo, non convince affatto il modo in cui l'indennizzo dovrà essere determinato visto che il suo valore dovrebbe essere “*pari al valore degli investimenti effettuati e non ancora ammortizzati al termine della concessione, ivi compresi gli investimenti effettuati in conseguenza di eventi calamitosi debitamente dichiarati dalle autorità competenti ovvero in conseguenza di sopravvenuti obblighi di legge, al netto di ogni misura di aiuto o sovvenzione pubblica eventualmente percepita e non rimborsata, nonché pari a quanto necessario per garantire al concessionario uscente un'equa remunerazione sugli investimenti*”, in base a quanto stabilito dall'art. 4, comma 9, della legge n. 118/2022 così come novellato dal d.l. n. 131/2022 convertito con modifiche nella legge n. 166/2024.

Tale approccio stride sia con la durata minima delle concessioni demaniali marittime (pari a cinque anni) sia perché esso è tarato sul valore degli investimenti “*non ancora ammortizzati al termine della concessione*”.

E' di solare evidenza come tale previsione sia fortemente restrittiva rispetto alla primitiva definizione contenuta nell'originaria formulazione del comma 2 dell'art. 4 della legge n. 118/2022 che tarava il valore dell'indennizzo sulla “*adeguata considerazione degli investimenti, del valore aziendale dell'impresa e dei beni materiali e immateriali, della professionalità acquisita anche da parte di imprese titolari di strutture turistico-ricettive che gestiscono concessioni demaniali*”.

Altro aspetto controverso, in qualche modo connesso alla liquidazione dell'indennizzo, è costituito dalla durata delle concessioni demaniali marittime.

Il novellato comma 5 dell'art. 4 della legge n. 118/2022 prevede che “*La durata della concessione non e' inferiore a cinque anni e non e' superiore a venti anni ed e' pari al tempo necessario a garantire l'ammortamento e l'equa remunerazione degli investimenti previsti dal piano economico-finanziario dell'aggiudicatario*”.

Viene da chiedersi allora cosa accada nel caso in cui per l'ammortamento degli investimenti occorranò piú di venti anni o, ancora, un termine maggiore occorra, come prescrive la norma, non solo per ammortizzare i costi degli investimenti, ma anche per un'equa remunerazione degli stessi.

Appare di meridiana chiarezza che l'aver fissato un termine massimo di durata delle concessioni demaniali marittime costituisca una cristallina violazione proprio del principio di libera concorrenza stabilito dall'art. 49 del TFUE soprattutto per le piccole imprese perché in qualche modo obbliga tali concessionari a fornire un servizio qualitativamente non adeguato rispetto a *competitors* che hanno mezzi ben diversi.

Tutto ciò finisce inevitabilmente, da un canto, per contrarre la capacità di ammortizzare gli investimenti, e da un altro, per ridurre la possibilità di conseguire un equo profitto alla scadenza del titolo.

In altre parole, l'avvio di una procedura di evidenza pubblica, rispettosa dei principi di libera circolazione, parità di trattamento, divieto di stabilimento e libera concorrenza, è condizione sufficiente a garantire la corretta applicazione dell'art. 12 della Direttiva n. 123/2006/Ce non essendo necessaria la rigida fissazione normativa della durata del titolo concessorio che deve necessariamente essere collegata al piano economico-finanziario e dunque senza limiti temporali prestabiliti.

Diversamente, la rigida fissazione di un termine massimo di durata della concessione demaniale marittima, sganciata dalle previsioni contenute nel piano economico-finanziario che potrebbero prevedere tempi di rientro degli investimenti anche superiori a venti anni, appare non in linea oltre che con i principi euro-unitari anche probabilmente con gli articoli 41, comma 2, e 117, comma 2, lett. e) della Costituzione per le evidenti ricadute sulla sicurezza sociale e la stessa dignità umana degli operatori di settore, soprattutto quelli monoreddito.

In conclusione, l'attuale quadro normativo venutosi a delineare a seguito delle modifiche apportate nel 2024 alla legge n. 118/2024, in attesa del decreto ministeriale del MIT atteso (forse) per il 31 marzo 2025 cui spetta definire i parametri della liquidazione al concessionario uscente dell'indennizzo, presta il fianco a non poche critiche.

Esso appare piú il frutto di una mediazione politica tra associazioni di categoria-Governo italiano e Istituzioni europee piuttosto che il ragionato (e responsabile) tentativo di disciplinare una volta e per tutte il complesso comparto dei balneari che

rimane, ancora oggi, ostaggio di una disciplina per molti versi incomprensibile e dannosa.