

L'INCERTEZZA SULLE CONCESSIONI BALNEARI TRA SILENZIO DEL LEGISLATORE E "IPERTROFIA" DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA

Roberto Colucciello*

Abstract [It]: La materia delle concessioni demaniali del tipo turistico-ricreativo, a causa della perdurante assenza di un intervento legislativo chiarificatore, nonché del continuo ricorso alla giustizia amministrativa, sta mettendo a dura prova i balneari stessi e tutti coloro che vorrebbero in qualche modo intraprendere questo percorso imprenditoriale. Posto che ormai alcuni principi possono definirsi saldi e incontrovertibili, quali il principio della concorrenza in primis, il legislatore non può più tergiversare, nemmeno al cospetto delle istituzioni comunitarie e della stessa giustizia amministrativa, che, fatte alcune eccezioni, a colpi di sentenze interviene con cadenza quasi quotidiana. La disciplina normativa riguarda anche altri aspetti, definiti dalla L. 118/2022, ma non ancora disciplinati nel dettaglio, quali l'indennizzo e i bandi di selezione, lasciando i Comuni nella più assoluta incertezza.

Abstract [En]: *The matter of state concessions of the tourist-recreational type, due to the continuing absence of a clarifying legislative intervention, as well as the continuous recourse to administrative justice, is putting a strain on the bathers themselves and all those who would in some way wish to undertake this entrepreneurial path. Given that some principles can now be defined as solid and incontrovertible, such as the principle of competition first and foremost, the legislator can no longer prevaricate, not even in the presence of community institutions and administrative justice itself, which, with some exceptions, intervenes with sentences almost daily. The regulatory framework also concerns other aspects, defined by Law 118/2022, but not yet regulated in detail, such as compensation and selection notices, leaving the Municipalities in absolute uncertainty.*

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. Dall'Adunanza Plenaria del 9 novembre 2021 alle Sezioni Unite del 24 novembre 2023; 3. La mappatura delle concessioni; 4. I principi evincibili dalle ultime pronunce della giustizia amministrativa: una continua giravolta; 5. L'indennizzo; 6. Il disorientamento dei Comuni: e ora che si fa?; 7. Conclusioni.

1. Introduzione

Nell'ambito della storia parlamentare che connota il nostro paese, gli interventi legislativi maggiormente delicati, vuoi per la complessità della materia, che per il grado di impopolarità che ne può discendere, sono stati sovente oggetto di rinvio *sine die*, con la conseguenza della assenza di riforme organiche di settore in relazione a settori nevralgici della nostra economia o del funzionamento della macchina amministrativa.

Il problema del rinnovo automatico o tramite gara delle concessioni balneari è di costante attenzione e confronto politico da diversi anni. Una prospettiva esclusivamente economica (o aziendale) della gestione delle concessioni non sembra poter offrire soluzioni soddisfacenti, ma occorre una visione d'insieme che tenga conto di diversi aspetti, la cui connessione e

interdipendenza è stata spesso trascurata¹; tale dibattito coinvolge non soltanto la dottrina e la giurisprudenza a livello interno ed europeo, ma anche gli operatori dell'intera filiera².

La *vexata quaestio* ruota intorno al tema delle proroghe *ex lege* dei titoli concessori che, nel corso degli anni, sono state accordate dal legislatore italiano, nonostante i plurimi avvertimenti in senso contrario provenienti dalle pertinenti istituzioni comunitarie.

Dalla disamina della direttiva Bolkestein, che basa il proprio contenuto sul principio comunitario della libertà di concorrenza in relazione ai servizi, erano emerse nel nostro ordinamento palesi criticità legate all'utilizzo del demanio marittimo, in particolar modo al sistema di affidamento delle concessioni demaniali³.

Il decisore pubblico, in particolare, è chiamato a considerare istanze apparse ad oggi quantomeno difficili da conciliare: l'azione di conformazione della posizione dello Stato italiano rispetto agli obblighi derivanti dalla sua appartenenza all'ordinamento di diritto euro-unitario e la condivisa necessità di dare risposta ai bisogni di un intero settore produttivo, peraltro in un contesto di perdurante crisi economica divenuta ormai strutturale.

Tali criticità, portate alla luce dalla direttiva Bolkestein e oggetto di questa analisi, non sono state mai realmente affrontate con la dovuta attenzione da parte del legislatore nazionale⁴; di fronte alle numerose sentenze nazionali e sovranazionali che hanno nel tempo riconosciuto chiaramente l'illegittimità della proroga automatica ed indiscriminata delle concessioni demaniali marittime, il legislatore si è di fatto mostrato inerte, consentendo in tal modo alla magistratura di disapplicare le disposizioni nazionali contrastanti con l'ordinamento comunitario, e creando una situazione "strana", con presunti sconfinamenti relativi alle attribuzioni dei Poteri dello Stato⁵.

Quella che è sempre mancata è un'effettiva legge di attuazione della direttiva e una regolazione della materia con norme vincolanti ed efficaci sull'intero territorio nazionale⁶.

Nel prosieguo di questa trattazione, oltre ad una disamina dei principi evincibili dalle diverse pronunce del giudice amministrativo e comunitario, saranno enucleati aspetti quali la mappatura delle concessioni, i possibili criteri per determinare l'indennizzo e i bandi.

1 * Ufficiale delle Capitanerie di Porto, Cultore della materia presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche e Sociali dell'Università degli Studi "G. D'Annunzio" di Chieti-Pescara

Cfr. M. GNES, *Le concessioni balneari tra diritti in conflitto e incertezza delle regole*, in Scritti di Diritto Pubblico, Milano, 2023

2 Nell'ultima lettera di costituzione in mora dell'Unione Europea all'Italia (che riguarda anche l'art. 182, comma 2, d.l. 34 del 2020), la Commissione evidenzia che "la reiterata proroga della durata delle concessioni balneari prevista dalla legislazione italiana scoraggia [...] gli investimenti in un settore chiave per l'economia italiana. Scoraggiando gli investimenti nei servizi ricreativi e di turismo balneare, l'attuale legislazione italiana impedisce, piuttosto che incoraggiare, la modernizzazione di questa parte importante del settore turistico italiano. La modernizzazione è ulteriormente ostacolata dal fatto che la legislazione italiana rende di fatto impossibile l'ingresso sul mercato di nuovi ed innovatori fornitori di servizi".

3 Per una disamina completa si rimanda a R. COLUCCIELLO., *Concessioni demaniali marittime: possibili criticità post Adunanza Plenaria*, in Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente, Vol. XXI, 2023.

4 Cfr. A. MONICA, *Le concessioni balneari e l'esigenza di selezione competitiva per il loro affidamento: per il Consiglio di Stato non è imperativo il ricorso alla gara*, nota a sentenza Consiglio di Stato sezione VII 29 dicembre 2022, n. 11664 in Ceridap, 2023, fasc. 1, pagg. 162 – 174.

5 Cfr. R. COLUCCIELLO, C. DELLA GIUSTINA, *Concessioni demaniali marittime al tempo delle Sezioni Unite*, in Rivista giuridica "Il Diritto Amministrativo", 2024

6 Cfr. R. COLUCCIELLO, C. DELLA GIUSTINA, op. cit.

2. Dall'Adunanza Plenaria del 9 novembre 2021 alle Sezioni Unite del 24 novembre 2023

Con l'intervento dell'Adunanza Plenaria, a mezzo delle note pronunce 17-18 del 9 novembre 2021, in mancanza di un intervento del legislatore nazionale, veniva stabilita la cessazione delle concessioni demaniali ad uso turistico-ricreativo a partire dal 1 gennaio 2024, disapplicando la proroga delle concessioni balneari al 2033, disposta dalla legge 145/2018.

Considerata l'imminente scadenza delle attuali concessioni e la derivante necessità di un intervento tempestivo, il Consiglio dei Ministri lo scorso 15 febbraio si fece promotore di un intervento normativo nell'ambito del disegno di legge n. 2469 "Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021" in materia di concessioni demaniali marittime, il c.d. Decreto Concorrenza, convertito poi in L. 118/2022, laddove venne previsto, in caso di difficoltà da parte degli enti locali interessati a procedere alla emanazione di bandi, un differimento del termine di scadenza delle concessioni di un ulteriore anno, oltre al riconoscimento di un indennizzo i cui criteri di individuazione e quantificazione sarebbero stati demandati ad un successivo provvedimento governativo da emanare nei sei mesi successivi.

Le pronunce dell'Adunanza Plenaria, in particolare la n. 18/2021, furono oggetto di ricorso presentato da Sib-Commercio, ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost., e quindi deferita alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in quanto hanno il potere di verificare se una situazione sostanziale dedotta in giudizio sia suscettibile di essere tutelata in sede giurisdizionale; dall'altro, data una sostanziale tutelabile in sede giurisdizionale situazione, essa ha il potere di accertare a quale giudice spetti pronunciarsi su di essa⁷.

Le Sezioni Unite civili della Corte nomofilattica, con sentenza n. 32599 del 24 novembre 2023, hanno stabilito che Palazzo Spada avrebbe dovuto ammettere nel giudizio i rappresentanti di Sib-Confcommercio, Assonat e Regione Abruzzo che avevano diritto a partecipare in quanto portatori di interessi economici e dei territori.

Con la sentenza testè menzionata, le Sezioni Unite, nel cassare la sentenza dei giudici amministrativi nella parte riguardante l'estromissione dal giudizio delle associazioni di categoria e dell'Abruzzo, hanno disposto la rimessione al Consiglio di Stato delle questioni di merito nella pienezza del contraddittorio, anche alla luce delle novità legislative nel frattempo intervenute.

In altri termini, le ragioni dell'annullamento della sentenza e il conseguente rinvio al Consiglio di Stato, sono da rinvenirsi in un vizio procedurale⁸.

Ancora più dettagliatamente, le Sezioni Unite esplicitarono un altro punto rilevante della vicenda, ovvero la delimitazione della portata dell'art. 1, commi 682 e 683 l. n. 145/2018, in tema di proroga transitoria delle concessioni demaniali marittime. La Suprema Corte ha chiarito che tale disposizione ha carattere transitorio, quindi, opera esclusivamente in attesa della revisione della legislazione in materia di rilascio delle dette concessioni. Quest'ultima dovrà essere incardinata sul rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di garanzia dell'esercizio, di valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti effettuati.

⁷ Cfr. G. SCOPETTA, *Il ricorso ex art. 111, comma 8, Cost. al crocevia tra ordinamenti? Qualche riflessione a partire dall'ordinanza delle Sezioni unite n. 19598 del 2020*, in Osservatorio Costituzionale, fasc. 6/2021, 2 novembre 2021, pag. 386

⁸ Cfr. A. CLARONI, *Passato, presente e futuro (incerto) delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative*, in Dir. mar., 2022, 2, pagg. 289-304

Partendo da tali presupposti la Corte di Cassazione giunge ad affermare che la proroga introdotta dalla legge del 2018, entrata in vigore nel 2019 e valida per l'anno 2020 debba essere intesa come riferibile alle sole concessioni nuove e a quelle ancora in corso, alla data di entrata in vigore del richiamato provvedimento legislativo, mentre non potrà essere estesa a quelle scadute, non ravvisandosi, in quest'ultimo caso, il presupposto oggettivo della tutela dell'investimento effettuato, dal momento che la durata temporale dello stesso si è esaurita, proprio allo scadere della relativa concessione.

Di conseguenza, i giudici di Palazzo Spada dovranno tener conto del nuovo quadro normativo: "spetterà al Consiglio di Stato pronunciarsi nuovamente, anche alla luce delle sopravvenienze legislative, avendo il Parlamento e il governo esercitato, successivamente alla sentenza impugnata, i poteri normativi loro spettanti"⁹.

La scelta di ciò riposa sul fatto che le Sezioni Unite non hanno affrontato il nodo gordiano della proroga delle concessioni demaniali poiché l'attenzione della Suprema Corte è stata incentrata sulla problematica del diniego di giurisdizione¹⁰.

3. La mappatura delle concessioni

Nella controversa materia delle concessioni demaniali marittime, un risultato esegetico, anche in ragione della giurisprudenza europea, può dirsi raggiunto, nel senso che se la risorsa pubblica è "scarsa" occorre individuare il concessionario in base ad una procedura selettiva imparziale e trasparente, a tutela di tutti gli interessi coinvolti, pubblici e privati¹¹.

Proprio a tal proposito, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 2021, tra gli aspetti messi in risalto, aveva stabilito un principio non meno importante di altri, ossia la scarsità di tutte le spiagge italiane¹², evinto da una valutazione omnicomprensiva del patrimonio costiero nazionale nel suo complesso effettuato a mezzo dei dati forniti dal Sistema informativo del demanio marittimo (SID) sull'occupazione delle coste sabbiose in Italia.

Sulla base di tale orientamento, sostanzialmente validandolo, anche la Corte di Giustizia Europea¹³ statui che *"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"*¹⁴.

In sostanza, la Corte di Giustizia ritenne, quindi, che 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

9 Cass. SS.UU., n. 32599 del 24.11.2023

10 Cfr. R. COLUCCIello, C. DELLA GIUSTINA, op. cit.

11 Cfr. R. CAPONIGRO, *Le concessioni demaniali nel rapporto con la Giustizia Europea*, in *Urbanistica e appalti*, 2023, fasc. 1, pagg. 15 - 26

12 In contrasto con quanto la Cge aveva statuito nella sentenza *Promoimpresa* (punto 43), che rimetteva, come detto, la valutazione della condizione di scarsità della risorsa naturale, di volta in volta, al giudice del caso concreto.

13 Sentenza resa nella causa C-348/22 del 20 aprile 2023, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato c/ Comune di Ginosa*

14 Punto 46 sentenza C-348/22 cit.

definiti a livello nazionale, assicurando al contempo l'appropriatezza dell'attuazione concreta di tali obiettivi nel territorio costiero di un comune¹⁵.

Sulla scorta di tali ragionamenti, la Corte reputava necessario che, qualora il numero di autorizzazioni per l'esercizio di una determinata attività fosse limitato a causa della scarsità della risorsa naturale utilizzabile, ogni amministrazione fosse tenuta "ad applicare [...] una procedura di selezione tra i candidati potenziali e a garantire che tutte le condizioni previste da detta disposizione siano rispettate, disapplicando, se del caso, le norme di diritto nazionale non conformi"¹⁶.

Il concetto di scarsità ha due esplicazioni: una oggettiva, in riferimento alle risorse naturali, e l'altra soggettiva, con riferimento alle capacità tecniche utilizzabili. Ma si manifesta comunque in un dato che è comune: la domanda è superiore all'offerta o, all'inverso, l'offerta è inferiore alla domanda.

Secondo la Corte la valutazione della scarsità delle risorse naturali va effettuata dallo Stato previa emanazione di criteri. Lo Stato potrà preferire una valutazione generale e astratta, ossia valida per tutto il territorio nazionale, ma anche seguire un approccio di tipo empirico, ossia riferito alla situazione esistente nel territorio costiero di un comune o dell'autorità amministrativa competente; oppure combinare entrambe le scelte.

In merito all'anzidetto requisito della scarsità della risorsa naturale, il legislatore italiano, aveva già previsto una delega al Governo avente ad oggetto l'adozione di un decreto legislativo "per la costituzione e il coordinamento di un sistema informativo di rilevazione delle concessioni di beni pubblici al fine di promuovere la massima pubblicità e trasparenza, anche in forma sintetica, dei principali dati e delle informazioni relativi a tutti i rapporti concessori, tenendo conto delle esigenze di difesa e sicurezza"¹⁷.

L'articolo 10-quater del decreto-legge 29 dicembre 2022, n. 198 ha previsto la costituzione presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, di "un tavolo tecnico con compiti consultivi e di indirizzo in materia di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali", con il compito 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", previa acquisizione dei dati relativi a tutti i rapporti concessori in essere delle aree demaniali marittime, lacuali e fluviali elaborati ai sensi dell'articolo 2 della legge 5 agosto 2022, n. 118.

Conseguentemente, con dPCM dell'11 maggio 2023, è stato istituito il predetto Tavolo tecnico consultivo presieduto da un rappresentante della Presidenza del Consiglio dei ministri, in particolare dalla Dott.ssa Elisa Grandi, Capo Dipartimento per il coordinamento amministrativo, e composto da due rappresentanti del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, due rappresentanti del Ministero dell'economia e delle finanze, due rappresentanti del Ministero delle imprese e del made in Italy, due rappresentanti del Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica, due rappresentanti del Ministero del turismo, due rappresentanti del Ministro per la protezione civile e le politiche del mare, due rappresentanti del Ministro per gli affari regionali e le autonomie, un rappresentante del Ministro per gli affari europei, un rappresentante delle regioni e un rappresentante per ogni

15 Cfr. G. GENNAI, *Le concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative: recenti approdi legislativi e giurisprudenziali*, in Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente, Vol. XXI, 2023, pag. 112

16 Punto 78 sentenza C-348/22 cit.

17 L. 118/2022, art. 2, comma 1

associazione di categoria maggiormente rappresentativa del settore. A seguito dell'entrata in vigore dell'articolo 40 del decreto-legge 22 giugno 2023, n. 75, la partecipazione al predetto tavolo è stata estesa ai rappresentanti del Ministro per lo sport e per i giovani. Hanno fatto parte dello stesso, altresì, i rappresentanti di diverse associazioni di categoria maggiormente rappresentative del settore turistico-balneare.

Il Tavolo tecnico consultivo, insediatosi il 9 giugno 2023, ha adottato delle linee di indirizzo al fine di addivenire a quanto demandatogli, in particolare ha articolato il proprio lavoro in tre fasi, di cui la prima concernente la ricognizione del quadro normativo e giurisprudenziale, la seconda volta all'acquisizione sistematica e completa dei dati in possesso delle amministrazioni nazionali, territoriali e locali sui rapporti concessori attualmente in essere e sulla quantità e qualità delle risorse demaniali marittime, lacuali e fluviali disponibili, e la terza ed ultima concernente la definizione dei criteri tecnici utili a definire il concetto di scarsità della risorsa naturale disponibile e a determinarne l'effettiva sussistenza.

Nella prima fase è stato approfondito il quadro normativo e giurisprudenziale sia italiano sia europeo. In particolare, sono stati esaminati il Regio Decreto 30 marzo 1942, n. 327 (cd. Codice della Navigazione), la direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (c.d. direttiva Bolkenstein) e le decisioni giurisprudenziali della Corte di giustizia dell'Unione europea e del Consiglio di Stato.

Nella seconda fase l'acquisizione dei dati per effettuare la mappatura dei rapporti concessori in essere relativi alle aree demaniali marittime, lacuali e fluviali, ai sensi dell'articolo 10-quater del decreto-legge 29 dicembre 2022, n. 198, doveva essere effettuata utilizzando i dati del sistema informativo di rilevazione delle concessioni detenuto dal MEF, denominato SICONBEP, istituito dall'articolo 2 della legge n. 118 del 2022 al fine di garantire il coordinamento e l'interoperabilità con gli altri sistemi informativi esistenti in materia¹⁸. Nelle more dell'attuazione della delega conferita dalla richiamata legge n. 118 del 2022 e della conseguente operatività del SICONBEP, per l'acquisizione dei predetti dati, il Tavolo tecnico ha fatto riferimento alla piattaforma SID-Portale del Mare¹⁹ (sistema informativo del demanio marittimo) detenuta dal MIT che, tuttavia, non include i dati riferibili alle concessioni rilasciate dalla Regione Siciliana (contenuti in un autonomo sistema informativo, separato dal SID), i dati relativi al demanio lacuale e fluviale, né quelli a disposizione delle amministrazioni competenti (regionali e statali)²⁰.

18 Si tratta di un sistema che, come previsto dall'art. 3 del suddetto decreto legislativo, consente di rilevare tutti i beni appartenenti al demanio e al patrimonio indisponibile che formano oggetto di atti, contratti e convenzioni comportanti l'attribuzione a soggetti privati o pubblici dell'utilizzo in via esclusiva di tali beni. Invero, mediante tali rilevazioni si cerca di promuovere la massima pubblicità e trasparenza, anche in forma sintetica, dei principali dati e delle informazioni relativi alle concessioni di beni pubblici.

19 Realizzato con L. 44/91, inizialmente per le esigenze del Ministero e dei suoi organi periferici come ausilio alla gestione dei beni demaniali marittimi, oggi rappresenta la base informativa di riferimento nonchè lo strumento di condivisione dei dati concernenti l'intero sistema nazionale del demanio marittimo, con riferimento al quale è stata aggiornata e revisionata la cartografia catastale della fascia costiera, ora in conservazione presso l'Agenzia delle Entrate-Direzione Centrale Servizi catastali, Cartografici e di Pubblicità Immobiliare.

20 Il MIT ha fornito, utilizzando il SID, il dato sulla risorsa disponibile secondo una duplice quantificazione, in metri lineari e in metri quadrati, del demanio marittimo, scorporando dal totale i dati riferibili agli ambiti dell'Autorità di Sistema Portuale, alla superficie delle aree marine protette, delle aviosuperfici e delle aree naturali protette. Per la quantificazione della linea di costa, il tavolo ha ritenuto di considerare tutto il litorale, a prescindere dalla sua morfologia.

Il Tavolo tecnico ha inoltre richiesto alle regioni, quali enti competenti, di produrre i dati relativi al demanio lacuale e fluviale in loro possesso. Contestualmente, è stato chiesto al MASE di fornire i dati relativi alle aree marine protette, indicando, in particolare, quelle non suscettibili di concessione demaniale²¹.

Il tavolo ha concluso i suoi lavori²² stabilendo che sulla base dei dati disponibili ad oggi, è risultato che la quota di aree occupate dalle concessioni demaniali equivale, attualmente, al 33 per cento delle aree disponibili e che, pertanto, il restante 67% delle aree è libero e concedibile. Il tavolo tecnico al fine di determinare la sussistenza della scarsità della risorsa naturale, tenuto conto delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, ha seguito un approccio generale e astratto, proporzionato e non discriminatorio.

Fatto ciò, è plausibile che con tali dati, la cui valenza non rivestirebbe i caratteri della ufficialità stante quanto poc'anzi rappresentato, il Governò dovrà giocoforza legiferare, non senza un preventivo passaggio con la Commissione europea.

4. I principi evincibili dalle ultime pronunce della giustizia amministrativa: una continua giravolta

La disamina condotta in questo contributo, e incentrata sulla più recente giurisprudenza di Corti nazionali Supreme, dimostra come la tematica della proroga delle concessioni demaniali marittime sembri non trovare pace.

In tutto ciò l'assenza di uniformità sul territorio nazionale, e i diversi contrasti giurisprudenziali, rappresentano un problema ai fini del principio di certezza del diritto.

Le continue giravolte giurisprudenziali in tema di concessioni demaniali turistico-ricreative fanno in modo che su di esse si stanno concentrando molteplici interrogativi e tematiche complesse che necessitano un appropriato bilanciamento. L'autore di questa delicata attività dovrebbe essere il legislatore che, nell'esercitare la propria discrezionalità politica, sceglie come evitare che un diritto assuma il ruolo di tiranno nei confronti dell'altro. Non si può nemmeno tacere che il quadro si complica anche per le relazioni che intercorrono tra la l'Italia e le Istituzioni comunitarie all'uopo interessate.

Nelle more della definizione di questa vicenda, partendo dalle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria, tralasciando ciò che l'orientamento giurisprudenziale aveva già in precedenza fatto intravedere, si possono delineare dei principi-cardine della materia al netto di orientamenti che sembrerebbero mettere in dubbio questi ultimi.

L'Adunanza Plenaria aveva, infatti, affermato, in continuità con la prevalente giurisprudenza comunitaria e nazionale amministrativa, il principio secondo cui il diritto dell'Unione impone che il rilascio o il rinnovo delle concessioni demaniali, marittime o lacuali o fluviali, avvenga all'esito di una procedura di evidenza pubblica, nonché l'incompatibilità (per contrasto sia con gli artt. 49 e 56 T.F.U.E. sia con l'art. 12 della direttiva 2006/123 CE c.d. direttiva Bolkestein) della disciplina nazionale che prevedeva la proroga automatica ex lege fino al 31 dicembre 2033 delle concessioni in essere. Inoltre, risulta invece, oramai soppressa, la proroga delle concessioni fino all'anno 2033, per abrogazione dell'art. 1, commi 682 e 683, L. 145/2018.

²¹ Relazione sullo stato di avanzamento dei lavori del tavolo tecnico consultivo in materia di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali a cura della presidenza del Consiglio dei Ministri-Dipartimento per il coordinamento amministrativo

²² Comunicato Presidenza del Consiglio dei Ministri 23 ottobre 2023

Il principio della gara/evidenza pubblica sembrerebbe non ammettere più dubbi o alternative di sorta, così come quello delle proroghe indiscriminate e ingiustificate. Inoltre, l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, che sancisce il divieto di proroghe automatiche delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, è norma self executing, quindi immediatamente applicabile nell'ordinamento interno, con la conseguenza che le disposizioni legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle suddette concessioni sono con essa in contrasto e pertanto, non devono essere applicate²³.

Peraltro, il dovere di disapplicare la norma interna in contrasto con quella eurounitaria autoesecutiva, riguarda, per pacifico orientamento giurisprudenziale, tanto i giudici quanto gli enti locali²⁴.

Un orientamento recente²⁵ consente di riassumere la controversa questione dell'obbligo di affidare le concessioni balneari mediante una procedura competitiva ad evidenza pubblica. La durata delle concessioni balneari è stata prorogata da norme che possono considerarsi leggi-provvedimento, in quanto, come ha chiarito l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, se una legge sancisce la proroga della durata di un provvedimento amministrativo, il contenuto di tale atto continua ad essere vigente in forza e per effetto della legge stessa, senza necessità di ulteriori provvedimenti amministrativi. In particolare, le proroghe hanno avuto l'effetto, in tale materia, di evitare il ricorso alla procedura di gara e l'assegnazione della concessione in un contesto realmente concorrenziale. Ad oggi, la proroga delle concessioni è sancita dall'art. 3 della legge 118/2022, come modificato dal comma 6-sexies dell'art. 12 della L. 14/2023, che ha fissato la scadenza delle concessioni balneari (inizialmente fissata al 31.12.2023) al 31.12.2024, nonché al 31.12.2025 in presenza di atto motivato che indichi ragioni obiettive che impediscono la conclusione della procedura selettiva in data antecedente. L'aspetto più rilevante di tale orientamento, e, quindi, il principio che se ne desume, è che sussiste, in merito alle spiagge italiane da affidare in concessione, il requisito della scarsità della risorsa naturale, previsto dall'art. 12 della direttiva 2006/123 quale presupposto per l'imposizione di una procedura di gara trasparente ed imparziale per il rilascio delle relative autorizzazioni, per cui vi è l'obbligo di disapplicare le disposizioni normative interne (passate e presenti) che prevedono proroghe delle concessioni balneari²⁶.

Detto orientamento è stato confermato anche da alcune recenti pronunce del Tar Puglia²⁷ solo in apparenza difformi. È vero che tali sentenze hanno ammesso, nei casi decisi, delle proroghe fino alla data del 31.12.2033, tuttavia si trattava di proroghe concesse al termine di una procedura selettiva, adeguatamente pubblicizzata e legittima ai sensi dell'articolo 3, comma 2, della legge n. 118/2022²⁸.

²³ Ex multis Cons. Stato, Sez. VII, 21/2/2023, n. 1780; 6/7/2022, n. 5625; 15/9/2022 n. 810

²⁴ Ex multis Corte Cost., 11/7/1989, n. 389; Cons Stato Sez. VI, 18/11/2019 n. 7874; 23/5/2006, n. 3072; Corte Giust. UE, 22/6/1989, in C- 103/88, Fratelli Costanzo, e 24/5/2012, in C-97/11, Amia

²⁵ Cons. Stato, con sentenza n. 3940 del 30 aprile 2024

²⁶ Si noti che la sentenza non si è limitata a confermare la necessaria disapplicazione della previgente disciplina che prorogava le concessioni al 2033 (art. 1, commi 682 e 683, L. 145/2018), ma ha affermato, negli ultimi passaggi, la illegittimità anche dell'ultima proroga al 31 dicembre 2024, introdotta dalla l. n. 14 del 2023

²⁷ Sentenze nn 553/2024, 565/2024 e 566/2024

²⁸ Tale disposizione prevede infatti che "le concessioni e i rapporti di cui al comma 1, lettere a) e b) (le concessioni demaniali marittime ad uso turistico ricreativo e quelle per la realizzazione e la gestione di strutture dedicate alla nautica da diporto, inclusi i punti di ormeggio, anche affidate ai sensi della legge 145/2018) che con

Ebbene i concessionari della Puglia avevano conseguito l'estensione dei loro titoli autorizzativi fino al 31 dicembre 2033 proprio al termine di una procedura competitiva: la procedura disciplinata dagli articoli 36 e 37 del codice della navigazione, che garantisce a tutti gli operatori economici, in linea con le norme di derivazione comunitaria in materia di concorrenza, le chances concorrenziali in contrapposizione al titolare della concessione scaduta o in scadenza. Le sentenze innanzi analizzate sono quindi chiare nel ritenere corretta la disapplicazione (anche da parte dei funzionari pubblici) di tutte le norme che, seppure vigenti, consentono proroghe automatiche delle concessioni balneari già scadute. Si salvano solo quei concessionari che hanno ottenuto una proroga legittima, in quanto rilasciata a seguito di una procedura competitiva ai sensi dell'articolo 3, comma 2, della legge n. 118/2022. Per il resto, pare non ci siano più scuse e occorra dare immediatamente corso alle procedure di gara per assegnare le concessioni balneari nel rispetto del principio di concorrenza²⁹.

Recentissimamente³⁰, il massimo organo di giustizia amministrativa, sembra mettere definitivamente un punto alla questione alla luce delle novità normative che sono seguite alle pronunce gemelle dell'Adunanza Plenaria nn. 17 e 18 del 2021 e forniscono allo stesso tempo interessanti spunti per la preparazione delle gare.

I giudici di Palazzo Spada si sono definitivamente pronunciati sul rinvio disposto dalle Sezioni Unite che, con la sentenza n. 32559 del 23 novembre 2023, hanno annullato una delle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria (la n. 18/2021).

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nel condividere le tesi fatte proprie dagli enti estromessi, hanno ritenuto configurabile un diniego o rifiuto di giurisdizione da parte della menzionata pronuncia dell'Adunanza plenaria. Per tali ragioni, la Corte ha annullato la sentenza n. 18/2021, rilevando che "spetterà al Consiglio di Stato pronunciarsi nuovamente, anche alla luce delle sopravvenienze normative, avendo il Parlamento e il Governo esercitato, successivamente alla sentenza impugnata, i poteri loro spettanti".

La questione, dunque, giunta nuovamente all'attenzione del Consiglio di Stato, sembra essersi definitivamente chiusa con le pronunce in commento. La sezione Settima del Consiglio di Stato, nel rigettare le richieste di rimessione della causa all'Adunanza plenaria, alla Corte costituzionale e alla Corte di Giustizia UE formulate, ritiene espressamente che spetta a lei decidere. Osserva, infatti, il Collegio che non ci sono più contrasti tra sezioni che giustificano la necessità di tornare in Plenaria, né tantomeno si ravvisano presupposti per sollevare una questione di legittimità costituzionale e/o per disporre un rinvio alla Corte di Giustizia³¹. Nel ribadire che tutte le proroghe delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative sono illegittime e devono essere disapplicate dalle amministrazioni ad ogni livello, anche comunale e che la risorsa è certamente scarsa, i giudici di Palazzo Spada hanno affermato che:

atto dell'ente concedente sono individuati come affidati o rinnovati mediante procedura selettiva con adeguate garanzie di imparzialità e di trasparenza e, in particolare, con adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento, continuano ad avere efficacia sino al termine previsto dal relativo titolo e comunque fino al 31 dicembre 2024 se il termine previsto è anteriore a tale data".

29 Cfr. A. BOSO, *Gare concessioni balneari e recente sentenza del Consiglio di Stato*, in *Lavoripubblici.it*, 21 maggio 2024

30 Con le sentenze nn. 4479, 4480 e 4481 del 20 maggio 2014

31 Cfr. R. BERLOCO, S. TURZO, *Il Consiglio di Stato torna sulle proroghe delle concessioni balneari: facciamo chiarezza*, in *www.legalteam.it*, 31 maggio 2024

1. Deve essere disapplicato anche l'art. 10-quater, comma 2, del d.l. n. 198 del 2023 laddove ha previsto che il Tavolo tecnico definisce i criteri tecnici per la sussistenza della scarsità della risorsa naturale disponibile, tenendo conto anche della "rilevanza economica transfrontaliera". Tale elemento non è rilevante ai fini della valutazione della scarsità e quindi non può essere preso in considerazione in quanto non è un presupposto per l'applicazione dell'art. 12 della Dir. 2006/123/CE ma semmai, laddove non si applichi l'art. 12 della Dir. 2006/123/CE, del solo art. 49 del T.F.U.E.

2. Si può ritenere compatibile con il diritto dell'Unione la sola proroga "tecnica" – funzionale allo svolgimento della gara – prevista dall'art. 3, commi 1 e 3, della l. n. 118 del 2022 nella sua originaria formulazione, che consente alle autorità amministrative competenti di prolungare la durata della concessione, con atto motivato, per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura competitiva e, comunque, non oltre il termine del 31 dicembre 2024. Al riguardo, il Collegio precisa che tale proroga è compatibile con i principi europei solo quando le autorità amministrative comunali hanno già indetto la procedura selettiva o comunque hanno deliberato di indirla in tempi brevissimi, emanando atti di indirizzo in tal senso e avviando senza indugio l'iter per la predisposizione dei bandi.

3. Una concessione è legittima solo se l'atto di proroga e il titolo concessorio originario sono stati assunti sulla base di procedure selettive trasparenti e comparative. In tal senso, si è di recente pronunciato anche il TAR Bari, con la sentenza n. 566 dello scorso 6 maggio, che ha ritenuto legittima l'estensione del titolo concessorio fino al 31.12.2033 perché conseguito all'esito della procedura comparativa di cui all'art. 37 cod. nav. e art. 18 del relativo regolamento.

4. Stante la necessità non più procrastinabile di procedere alle gare, è possibile sopperire al vuoto normativo mediante le previsioni delle leggi regionali e, soprattutto, i principi e i criteri della delega di cui all'art. 4, comma 2 della l. n. 118 del 2022, anche se non sono stati ancora adottati i decreti che ne precisano il contenuto.

5. L'indennizzo

Nel tentativo di trovare un ragionevole compromesso tra le esigenze degli aspiranti concessionari e quelle dei concessionari uscenti l'Adunanza Plenaria aveva affrontato anche la spinosa questione dell'indennizzo a questi ultimi, su cui pare necessaria un'ulteriore riflessione, con particolare riferimento all'incidenza dell'art. 49 del Codice della navigazione sulla questione. Tale istituto va approfondito per gli effetti che è in grado di produrre sulla sfera giuridica dei concessionari. Infatti, la norma prevede la c.d. devoluzione delle opere allo Stato. In particolare, «salvo che non sia diversamente stabilito nell'atto di concessione, quando venga a cessare la concessione le opere non amovibili costruite sulla zona demaniale restano acquisite allo Stato, senza alcun compenso o rimborso, salva la facoltà dell'autorità concedente di ordinare la demolizione con la restituzione del bene demaniale nel pristino stato»³². Ciò significa che, al termine del rapporto concessorio, le opere inamovibili, *alias* di difficile rimozione, vengono automaticamente devolute e incamerate dallo Stato. Viste le caratteristiche delle concessioni demaniali marittime, è palese che la maggior parte dei beni coinvolti siano solitamente inamovibili³³. Di conseguenza, allo spirare di tali concessioni, le

32 Cfr. M. C. GHIRARDI, *Nel "mare magnum" delle proroghe. Riflessioni a partire dalle sentenze n. 17 e 18 dell'Adunanza Plenaria*, in Osservatorio Costituzionale, 2022

33 Cfr. R. COLUCCIello, *Concessioni demaniali marittime: possibili criticità post Adunanza Plenaria*, cit.

opere realizzate dal concessionario privato vengono acquisite automaticamente dallo Stato, divenendo pertinenze demaniali ai sensi dell'art. 29 c.n., senza, tuttavia, alcuna previsione di indennizzo a favore di colui che le ha realizzate.

Secondo un filone dottrinale più risalente, ciò dipenderebbe dalla particolare natura dei beni in questione, appartenenti ontologicamente, per loro natura, alla categoria del demanio necessario e, pertanto, «l'intrinseca condizione propria del suolo marittimo risulterebbe compressa per effetto della concessione demaniale con la quale si assicura al privato (o anche al soggetto pubblico) un temporaneo diritto di superficie sul bene stesso che poi, allo scadere della concessione, si estingue, consentendo così alla demanialità del suolo di (ri)espandersi sino a comprendere anche l'opera che è stata eretta³⁴.

In base ad una prima interpretazione della norma, l'acquisizione gratuita si verificherebbe anche nel caso di rinnovo automatico, nella misura in cui quest'ultimo, a differenza della proroga, comporta in ogni caso l'estinzione del rapporto precedente ed il contestuale rilascio di un nuovo titolo concessorio³⁵. La giurisprudenza maggioritaria, invero, è da tempo portatrice di un orientamento differente, secondo il quale la nozione di cessazione si concretizzerebbe secondo una interpretazione sostanzialistica, in virtù della quale la devoluzione delle opere non amovibili non trova applicazione in ipotesi di rinnovo del titolo concessorio, configurandosi quest'ultimo, "al di là del *nomen iuris*, come una piena proroga dell'originario rapporto senza soluzione di continuità"³⁶.

Posto ciò, e tornando all'aspetto innovativo della deroga alla disciplina di cui all'art. 49 c.n. era stata, va precisato che la stessa era stata già presa in considerazione dalla Suprema Corte³⁷. In questa occasione la Corte Nomofilattica ha ritenuto che la devoluzione gratuita dei beni allo Stato «può essere convenzionalmente derogata nel disciplinare di concessione che preveda la facoltà di costruzione, non nel senso di escludere l'indicata devoluzione, ma, solo, in ordine alla gratuità della medesima», prevedendo, non un indennizzo esattamente corrispondente al valore della costruzione, ma, ad esempio, il pagamento delle spese di demolizione della costruzione o il diritto di conseguire i materiali di demolizione da parte del concessionario uscente. Ciò in quanto l'incipit dell'art. 49 c.n. fa salve le diverse statuizioni poste nell'atto di concessione: sembrerebbe, dunque, possibile immaginare un regime contrattuale derogatorio contenente la previsione di un indennizzo in favore del concessionario uscente³⁸.

Fatta tale debita premessa, il Consiglio di Stato, mostrando di adeguarsi alla giurisprudenza comunitaria in materia³⁹ e riprendendo una formula adoperata dall'Autorità

34 Cfr. M. CALABRO', *Concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo e acquisizione al patrimonio dello Stato delle opere non amovibili; una riforma necessaria*, in *Diritto e società*, 3/2021, pag. 446, e sullo stesso argomento M. LUCCHETTI, *La devoluzione delle opere allo Stato e gli effetti sui futuri affidamenti delle concessioni demaniali marittime*, in *Urb. e app.*, 1, 2019, p. 22

35 Cfr. M. CALABRO', *op. cit.*, pag. 446

36 Cons. Stato, sez. VI, 2 settembre 2019, n. 6043, in *Riv. giur. edilizia*, 5/2019, I, 1348

37 Cass. Pen., sent. n. 3843 del 14.02.2017

38 Cfr. R. COLUCCIELLO, *Concessioni demaniali marittime: possibili criticità post Adunanza Plenaria*, *cit.*, pag. 89

39 Il riferimento è a Corte giust. UE, 28 gennaio 2016, causa C-375/14, anche nota come sentenza Laezza, riguardante il tema delle concessioni per la raccolta di scommesse su eventi sportivi. Secondo tale pronuncia l'obbligo "che impone al concessionario di cedere a titolo non oneroso, all'atto della cessazione dell'attività, ivi compresa l'ipotesi in cui tale cessazione avvenga per il semplice fatto della scadenza del termine di concessione, l'uso delle attrezzature utilizzate per la raccolta di scommesse, può rendere meno allettante l'esercizio di tale

Garante della Concorrenza e del Mercato⁴⁰, ha affermato la possibilità che la futura indizione di procedure competitive per l'assegnazione delle concessioni sia supportata, "ove ne ricorrano i presupposti, dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti, essendo tale meccanismo indispensabile per tutelare l'affidamento degli stessi"⁴¹. In attuazione di quanto precede (e andando anche oltre), tra i principi e criteri direttivi volti a riordinare e semplificare la materia delle concessioni demaniali qui in esame, la proposta emendativa del Governo prevede la definizione di criteri uniformi per la quantificazione dell'indennizzo da riconoscere al concessionario uscente, posto a carico del concessionario subentrante, in ragione del mancato ammortamento degli investimenti realizzati nel corso del rapporto concessorio e autorizzati dall'ente concedente e della perdita dell'avviamento connesso ad attività commerciali o di interesse turistico⁴². L'affermazione del Consiglio di Stato e la successiva proposta del Governo pongono due questioni in relazione all'indennizzo: quella riguardante la legittimità della previsione dell'indennizzo e il legittimo affidamento a essa sotteso e quella riguardante la consistenza dell'indennizzo stesso. Circa la previsione dell'indennizzo, ragionando a contrario, una serie di motivi inducono a ritenere che laddove esso non fosse previsto si ci dovrebbe confrontare con rilevanti profili di illegittimità.

In primo luogo, in assenza di nuove norme primarie si dovrebbe applicare l'art. 42 del Codice della navigazione. Tuttavia questa disposizione disciplina una fattispecie molto diversa rispetto a quella di cui alle sentenze dell'Adunanza Plenaria. Essa prevede infatti che un indennizzo venga riconosciuto nell'ipotesi di revoca anticipata della concessione, nello specifico caso in cui questa abbia dato luogo a costruzione di opere stabili. Inoltre l'art. 42 riguarda la concessione di beni di cui si è usato, che sono restituiti nel loro stato iniziale. Diversamente, oggetto delle concessioni demaniali marittime sono "beni connessi ad attività, anzi prodromici e funzionali ad un'attività, la quale ha determinato la realizzazione di impianti utilizzabili dal subentrante e insieme l'insorgere e lo stabilizzarsi di un avviamento"⁴³.

Sia il Consiglio di Stato che AGCM riconoscono il diritto all'indennizzo per gli investimenti. Ciò è testualmente affermato e ribadito nella frase "ove ve ne siano i

attività. Infatti, il rischio per un'impresa di dover cedere, senza contropartita economica, l'uso dei beni in suo possesso può impedire a detta impresa di trarre profitto dal proprio investimento" (pt. 23). Secondo il giudice europeo "il carattere non oneroso di una siffatta cessione forzata pare contrastare con il requisito di proporzionalità, in particolare quando l'obiettivo di continuità dell'attività autorizzata di raccolta di scommesse potrebbe essere conseguito con misure meno vincolanti, quali la cessione forzata, ma a titolo oneroso a prezzi di mercato, dei beni in questione" (par. 41), verificandosi dunque una restrizione delle libertà garantite dagli artt. 49 e 56 TFUE.

40AGCM, AS1730 – Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021, 22 marzo 2021, par. IV, lett. A, dedicato a "Concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative", pag. 27 ss., in cui, nel richiamare il legislatore ad adeguare in tempi brevi la normativa italiana alle richieste dell'Unione europea al fine di permettere la piena concorrenza nel settore delle concessioni demaniali marittime, si suggerisce che "l'indicazione di procedure competitive per l'assegnazione delle concessioni potrà, ove ne ricorrano i presupposti, [sia] supportata dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti".

41 Par. 49 delle Sentenze gemelle

42 Cfr. A. POLICE, A.M. CHIARIELLO, *Le concessioni demaniali marittime: dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria al percorso di riforma. Punti critici e spunti di riflessione*, in LLR, n. 1/2022, pag. 114

43 Cfr. G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge, stessi concessionari?*, in *Diritto e Società*, Rivista trimestrale fondata nel 1973 da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli, Saggi 3/2021, pag. 393

presupposti”, che vuol dire laddove investimenti vi siano stati e implicitamente non siano stati ammortizzati. Si tratta del resto della previsione presente nel codice della navigazione con riguardo alle ipotesi di revoca della concessione⁴⁴. Senonché, a parte l’ipotesi sicuramente residuale in cui l’Amministrazione decida di dare all’area demaniale una destinazione, anche pur sempre turistico-ricreativa, del tutto diversa (ad es. parco giochi o una scuola di vela o di nuoto), di talché vi è una soluzione di continuità con l’attività del precedente concessionario, chi acquisisce la concessione, con essa acquisisce un complesso di beni in cui è ricompreso anche l’avviamento (e non a caso – come già ricordato – l’Adunanza Plenaria parla di asset aziendale)⁴⁵. Non interessa vedere se quest’ultimo costituisca un bene a sé stante o una qualità dell’azienda, ciò che rileva è che contribuisce a determinarne il valore. E di esso si deve tener conto secondo i correnti criteri di estimo. Vale del resto aggiungere che l’avviamento è espressamente considerato nell’ipotesi di fine locazione di immobili adibiti ad uso commerciale ed artigianale⁴⁶, normativa idonea a costituire *tertium comparationis*, perché in entrambi i casi si ha la cessazione di un rapporto di durata e in entrambi i casi l’impiego del bene di proprietà altrui ne ha determinato un arricchimento. Sicché l’indennizzo, per essere tale, deve corrispondere al valore di mercato o al valore “reale” del bene alla luce della giurisprudenza costituzionale così come declinata attraverso le c.d. sentenze gemelle della Corte Costituzionale del 2007⁴⁷, e pertanto non può non ricomprendere anche tale componente del compendio che si va ad acquisire. Tra l’altro, nella specie non si tratta di un indennizzo di espropriazione per pubblica utilità, ma di acquisizione di un bene da parte di un altro privato per ragioni imprenditoriali, sicché non vi sono neppure quelle esigenze del “giusto equilibrio” tra la tutela del diritto sul bene e interessi generali che talvolta possono consentire una riduzione delle entità dell’indennizzo. Tantopiù considerato che la componente “avviamento” è di solito frutto di una attività lungimirante quanto impegnativa, protrattasi per lustri e lustri⁴⁸.

Del resto la mancata previsione di un indennizzo (tra l’altro non vietato in assoluto, salvo sia diversamente stabilito nell’atto di concessione), solleverebbe profili di incostituzionalità sotto diversi aspetti.

Intanto perché la disciplina del codice della navigazione si riferisce alla concessione di beni di cui si è fatto uso, e che vengono restituiti nello stato iniziale. Tutto diverso è il caso in cui la concessione è di beni connessi ad attività, anzi prodromici e funzionali ad un’attività, la quale ha determinato la realizzazione di impianti utilizzabili dal subentrante e insieme l’insorgere e lo stabilizzarsi di un avviamento. Del resto, già nell’ordinamento statutario a fronte di concessioni di beni connessi funzionali ad attività imprenditoriali era previsto che il concessionario subentrante fosse tenuto a corrispondere un indennizzo al pregresso concessionario: vedasi ad es. l’art. 36, l. mineraria 29 luglio 1927, n. 1443. In altri termini, una volta acquisita la configurazione della concessione in oggetto come concessione di attività e non di semplici beni o, nel linguaggio eurounitario, come autorizzazione all’esercizio dell’attività economica da spiegarsi in un’area demaniale non è più possibile seguire il principio che in altra sede ho definito “ranellettiano” in quanto informato alla natura

44 v. art. 42 comma 4 e 5 Cod. nav.

45 Cfr. G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge, stessi concessionari?*, cit., pag. 395

46 v. art. 34, l. 27 luglio 1978 n. 392

47 Corte Cost., 22 ottobre 2007, n. 348 e n. 349

48 Cfr. G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge, stessi concessionari?*, cit. pag. 396

“graziosa” della concessione con quanto ne consegue, tanto che si riteneva che nemmeno la revoca potesse essere indennizzata (salvo l’ipotesi in cui la revoca dipendesse da motivi di interesse pubblico estranei a quelli dell’Amministrazione concedente): Ranelletti infatti asseriva che la revoca è “l’effetto della dichiarazione della volontà dell’autorità amministrativa e delle norme giuridiche relative a quella data concessione, cioè l’effetto dello stesso atto amministrativo; avviene quindi un fatto, che è inerente alla natura stessa delle facoltà del privato, le quali portano in loro stesse il germe della loro morte, e perciò non vi può essere indennità”⁴⁹.

In secondo luogo, per contrasto con il *tertium comparationis* rinvenibile nello stesso codice della navigazione con riferimento alle concessioni aeroportuali. L’art. 703, comma 5, di tale codice⁵⁰, stabilisce infatti che: “alla scadenza naturale della concessione, il concessionario subentrante ha l’obbligo di corrispondere al concessionario uscente il valore di subentro”. È evidente che in questo caso, in deroga al principio generale sancito dall’art. 49 cod. nav., si è tenuta presente l’attività imprenditoriale connaturata e conseguenziale alla concessione del sedime aeroportuale.

In terzo luogo, l’assenza di indennizzo si pone in contrasto con il diritto di stabilimento (art. 49 TFUE) e con la libertà di prestazione dei servizi (art. 56 TFUE), come si ricava dal caso Laezza⁵¹. In tale occasione si è difatti osservato che “gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che essi ostano a una disposizione nazionale restrittiva, quale quella in questione nel procedimento principale, la quale impone al concessionario di cedere a titolo non oneroso, all’atto della cessazione dell’attività per scadenza del termine della concessione, l’uso dei beni materiali e immateriali di proprietà che costituiscono la rete di gestione e di raccolta del gioco, qualora detta restrizione ecceda quanto è necessario al conseguimento dell’obiettivo effettivamente perseguito da detta disposizione, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare”. Anzi, nel caso appena ricordato sia la Corte di Giustizia (v. punto 27) sia l’Avv. Generale (v. paragrafi 62 e 63 delle sue conclusioni) hanno messo in luce come, di contro, una disposizione di tal fatta ha effetti anticompetitivi perché rende meno attraente l’esercizio di tale attività. Difatti, il rischio per un’impresa di dover cedere, senza contropartita economica, l’uso dei beni in suo possesso costituisce una barriera per gli investimenti. Sicché l’assenza di indennizzo non solo determina un pregiudizio per l’incumbent, ma o riduce la platea dei concorrenti per la considerazione che i loro investimenti non avranno alcun riconoscimento oppure riduce al minimo gli investimenti dei subentranti, in entrambi i casi con conseguenze anticompetitive. Lo stesso principio è ricavabile dalla sentenza *Hubert Wachauf*, nella quale la Corte di Giustizia CE ha affermato, “una disciplina comunitaria che avesse per effetto di spogliare l’affittuario, alla scadenza del contratto di affitto, del futuro del proprio lavoro o degli investimenti effettuati nell’azienda affittata, senza indennizzo, sarebbe in contrasto con le esigenze inerenti alla tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento giuridico comunitario”⁵²: avremmo infatti una spoliazione del frutto del lavoro altrui senza indennizzo, in spregio delle garanzie costituzionali. Tra l’altro, le tematiche in punto di necessità dell’indennizzo per coerenza costituzionale fanno

49 Cfr. V. O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte III: Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in Riv. it. sc. giur. 1895-1896 ora in B. SORDI (a cura di), *Scritti giuridici scelti*, III. Gli atti amministrativi, Napoli 1992, pag. 291

50 Come introdotto dall’art. 15 quinquies, comma 1, D.L. 16.10.2017, n. 148 convertito in L. 04.12.2017, n. 172

51 Corte Giust. UE, sez. III, 28 gennaio 2016, n. C-375

52 Sent. 13 luglio 1989, par.19, C-5/88, Hubert Wachauf

superare l'eventuale esclusione dall'indennizzo nei confronti di coloro che, per una ragione o per l'altra, possano essere ritenuti non meritevoli di affidamento. Difatti a prescindere dal rilievo che di per sé le varie leggi di proroga e dunque la presa d'atto di una specifica e reiterata volontà del legislatore è di per sé idonea a radicare l'affidamento, resta il fatto che comunque l'acquisizione senza indennizzo determina la violazione di una garanzia costituzionale.

Recentissimamente, a proposito di una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte di Giustizia europea ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Consiglio di Stato, con decisione del 15 settembre 2022, nel procedimento Società Italiana Imprese Balneari Srl contro Comune di Rosignano Marittimo, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Agenzia del demanio - Direzione regionale Toscana e Umbria, Regione Toscana, vertente sull'interpretazione degli artt. 49 e 56 TFUE in rapporto all'art. 49 del c.n, il giudice comunitario statuiva che l'art. 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che "esso 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".⁵³

Tornando all'indennizzo, un aspetto importante concernente tale aspetto è quello della parametrizzazione dell'indennizzo e il relativo calcolo. Ovviamente, la misura del valore oggi è oggetto di approfondimento e discussione in diversi ambiti applicativi/economici come, ad esempio, per il conferimento di garanzie societarie, tipico delle operazioni di finanza straordinaria, per le strategie di sviluppo e ristrutturazione delle aziende, per la formazione del bilancio, e in tutti quei casi di cessione, fusione, trasformazione di un'azienda o di un ramo di essa.

Storicamente, nell'ambito delle concessioni balneari, si è determinato un fenomeno di "spontaneo trasferimento transgenerazionale", attraverso il quale le abilità e le tecniche di gestione, sempre migliorative, hanno raggiunto parametri qualitativi ineguagliabili⁵⁴.

Nel 2018 veniva emanata, a cura dell'Ente italiano di normazione, la norma UNI 11729:2018 sulle "Linee guida per la stima del valore delle imprese concessionarie demaniali marittime, lacuali e fluviali a uso turistico-ricreativo (imprese balneari)" che specifica in maniera compiuta i principi e procedimenti per la determinazione del valore di mercato dell'impresa balneare, secondo metodologie conformi agli standard nazionali e internazionali⁵⁵. Occorre ora fare in modo che il valore aziendale trasferito venga indennizzato nel modo adeguato, e il rischio sarà costituito da una valutazione riduttiva del c.d. "avviamento commerciale" dell'azienda balneare. Certamente la valutazione proposta sarà realizzata basandosi su semplici criteri ragionieristici, accresciuto da investimenti generazionali e dalla sua conoscibilità del brand da parte di una stesa fascia di popolazione locale o regionale (per alcuni stabilimenti balneari il brand ha rilievo nazionale)⁵⁶. Il Metodo

⁵³ Corte Giust. UE, 11 luglio 2024, causa C-598/22

⁵⁴ Cfr. G. PETILLO, U. SERGEEVNA PAVLYCHEVA, *La valorizzazione del brand dello stabilimento balneare: l'indennizzo e la perizia*, in www.cfnews.it/diritto

⁵⁵ Cfr. G. RUBANO, *Standard di valutazione: novità e prospettive*, in *Consulente immobiliare/Il Sole 24 Ore*, numero 1063 del 15 marzo 2019, pag. 436

⁵⁶ Rilevano come riferimento metodologico anche Linee guida per la valutazione degli immobili in garanzia delle esposizioni creditizie, che contengono "La valutazione di "Asset Speciali" tra i quali rientrano gli

generalmente suggerito per la determinazione del valore di mercato di una struttura ricettiva è quello della capitalizzazione finanziaria ovvero dei flussi di cassa attualizzati (cd. *DCF analysis*), nonché della ubicazione e tipologia *in primis*⁵⁷.

6. Il disorientamento dei Comuni: e ora che si fa?

La Plenaria, nell'enucleare i sopra richiamati principi di diritto, ha, altresì, chiarito quali dovranno essere i criteri "che dovranno ispirare lo svolgimento delle gare" sottolineando che, in base a quanto già previsto dall'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, potranno essere "apprezzati e valorizzati in sede di gara profili di politica sociale e del lavoro e di tutela ambientale" il che potrebbe, potenzialmente, avvantaggiare i concessionari uscenti⁵⁸.

L'indirizzo del Governo, probabilmente con una mano tesa nei confronti della categoria dei balneari, si è palesato con la previsione di cui all'art. 4, comma 4 bis, della l. 118/2022⁵⁹, con cui è stato fatto espresso divieto agli enti concedenti di procedere all'emanazione dei bandi di assegnazione delle concessioni demaniali marittime del tipo turistico-ricreative fino all'adozione. Inoltre, per il tramite della l. 118/2022, il Governo veniva "delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, [...], 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" (art. 4, comma 1).

Il termine di sei mesi concesso al Governo per l'adozione dei suddetti decreti attuativi è stato, tuttavia, ampiamente disatteso nonostante le innumerevoli richieste sia da parte delle Pubbliche Amministrazioni che dagli operatori del settore: da un lato, infatti, i Comuni avvertono la pressante esigenza di procedere con la predisposizione dei bandi, mentre le imprese titolari delle concessioni demaniali gravano in uno stato di profonda incertezza essendo impossibilitate dall'effettuare investimenti che, verosimilmente, non potrebbero essere ammortizzati⁶⁰.

Le ultime pronunce giurisprudenziali, soprattutto del massimo organo di giustizia amministrativa, come abbiamo visto poc'anzi, tra i principi stabiliti hanno statuito il ricorso immediato alle procedure di gara attraverso bandi di evidenza pubblica: ma come dovrebbero comportarsi gli enti comunali, stretti tra una disposizione normativa che vieta di emanare i bandi prima se non in forza di un provvedimento governativo, e la giustizia amministrativa che statuisce di ricorrere urgentemente agli stessi? E ancora, come dovrebbero combinarsi i principi europei di evidenza pubblica con la procedura comparativa prevista nel Codice della navigazione allorquando vi siano domande concorrenti⁶¹.

stabilimenti balneari, fornite dall'ABI.

57 Cfr. G. RUBANO, *Standard di valutazione: novità e prospettive*, cit.

58 Cfr. R. COLUCCIello, *Concessioni demaniali marittime: possibili criticità post Adunanza Plenaria*, cit. pag. 91

59 Così come modificato dalla l. 24 febbraio 2023, n. 14

60 Cfr. R. COLUCCIello, *Concessioni demaniali marittime: possibili criticità post Adunanza Plenaria*, cit. pag. 93

61 Cfr. F. MANCINI, *La procedura comparativa del Codice della Navigazione in caso di domande concorrenti di concessione demaniale marittima e di principi europei dell'evidenza pubblica: una difficile convivenza*, nota a sentenza Consiglio di Stato sezione V 9 dicembre 2020, n. 7837 in *Diritto dei trasporti*, 2021, fasc. 3, pagg. 1006 - 1013

In tutto ciò, alcuni Comuni iniziano a muoversi in modo sparso.

Il Comune di Lignano Sabbiadoro, ad esempio, nonostante la mancata emanazione dei decreti attuativi, ha adottato, il 25 ottobre 2023, una delibera di Giunta con cui si è dato indirizzo agli organi competenti di attivare le procedure per l'affidamento in concessione delle aree di demanio marittimo.

Il Comune di Genova si è addirittura spinto oltre, delineando non solo l'impianto delle procedure di gara, ma addirittura prevedendo un indennizzo in favore del vecchio concessionario da parte del subentrante, parametrando quest'ultimo al costo residuo al netto degli ammortamenti dei beni non amovibili realizzati o acquistati per l'esercizio del titolo concessorio, nonché al valore aziendale riferito al fatturato dell'ultimo anno della concessione moltiplicato per 2,5⁶². In questo caso tutto ciò al netto della assenza non solo di criteri direttivi per la emanazione dei bandi, ma anche di quelli relativi all'indennizzo, motivi per i quali secondo il dettato normativo⁶³ le concessioni venivano prorogate al 31.12.2024.

7. Conclusioni

Come si può chiaramente evincere, la problematica *de qua* sembra non trovare pace, stretta in una morsa tra principi comunitari, normativi e giurisprudenziali, da un lato e pronunce della Giustizia amministrativa del nostro paese dall'altro, il tutto condito dalla "staticità" che in questo momento storico pervade il Legislatore, e che comunque non giova alla causa.

Purtroppo è passato troppo tempo e si è pensato esclusivamente a tutelare le posizioni dei concessionari in essere procrastinando la soluzione dei problemi. Mentre, invece, la necessità dell'apertura del mercato avrebbe dovuto sin da tempo portare allo svolgimento delle gare. Intanto bisogna essere fiduciosi, anche se spesso il legislatore, soprattutto negli ultimi tempi, non ha dato il meglio di sé in questa materia. Ne è esempio, come detto, il nuovo comma 4-bis, inserito nell'art. 4 della l. n. 118/2022 dalla l. n. 14/2023, di conversione del d.l. "milleproroghe".

Quello che tuttavia non può pretendersi è che la soluzione dei problemi vada rimessa al giudice amministrativo, il quale già di per sé interviene in un momento patologico e di contrasto nei rapporti tra le parti. Tra l'altro nemmeno avvantaggiato dalla giurisprudenza della CGUE, sempre di più, come nella specie (si veda il discorso sulla scarsità delle risorse), avulsa da un approccio empirico e propensa ad affermazioni di tipo teorico che non facilitano la risoluzione delle problematiche di un settore proprie di uno Stato dell'Unione.

La riforma non ha comunque chiarito la situazione, bensì ha lasciato i punti più importanti, cioè quelli più problematici, da decidere successivamente con tutte le incognite del caso, e questo genera una notevole incertezza nei confronti delle imprese familiari che hanno gestito fino ad oggi le concessioni, che si sono viste accorciare di dieci anni la relativa scadenza. Queste imprese familiari non sanno se perderanno l'attività e tutti gli investimenti destinati a quella che pensavano restasse la loro proprietà per molti anni ancora.

Si rileva una forte incertezza anche per i Comuni, che dovranno predisporre gare in poco tempo senza sapere, ancora, i reali criteri di svolgimento. Bisogna anche stabilire quante concessioni può aggiudicarsi uno stesso soggetto per impedire, come detto, che le grandi aziende si impossessino di gran parte delle coste italiane offrendo servizi a cui possono accedere soltanto i turisti più facoltosi.

⁶² Cfr. R. BERLOCO, P. FALCICCHIO, *Concessioni demaniali*, in www.legalteam.it, pag. 29

⁶³ L. 118/2022

Necessita inoltre che vi sia una riqualificazione degli arenili in modo da distinguere con chiarezza i confini delle aree in concessione da quelle libere, importanti per garantire a tutti il libero accesso alla spiaggia, ma anche nelle aree in concessione deve essere garantito il libero accesso al mare e alla battigia.⁶⁴

Negli ultimissimi giorni il Governo, stante il ritardo accumulato circa la risoluzione della problematica *de qua*, e dopo una interlocuzione continua con la Commissione europea, sembra aver trovato un percorso per normare la materia delle concessioni balneari. Il 5 settembre scorso il Consiglio dei Ministri ha approvato un Disegno di legge (di seguito DDL) che introduce modifiche significative alla L. 118/2022 (cd. Legge Draghi).

Tra i punti chiave di questo provvedimento vi è innanzitutto la proroga degli attuali titoli concessori con la estensione della validità delle concessioni attuali fino al 30 settembre 2027, offrendo più tempo sia agli attuali concessionari e ai potenziali nuovi entranti di predisporre ad una migliore partecipazione, stabilendo altresì una durata minima di 5 anni e massima di 20 anni per le nuove concessioni. Ma in caso di "ragioni oggettive" che impediscono il completamento delle procedure di gara si prevede un ulteriore possibile slittamento fino al 31 marzo 2028. Inoltre, i canoni demaniali saranno aumentati del 110%.

La modifica più significativa e penalizzante riguarda il calcolo degli indennizzi per i concessionari uscenti. Mentre la Legge Draghi apriva alla possibilità di calcolare l'indennizzo sull'intero valore aziendale, il nuovo DDL lo limita al valore degli investimenti effettuati e non ancora ammortizzati al termine della concessione e a un'equa remunerazione sugli investimenti effettuati negli ultimi cinque anni. Inoltre, il nuovo concessionario dovrà pagare almeno il 20% dell'indennizzo totale prima che la nuova concessione diventi effettiva, non prevedendo però nessun meccanismo di garanzia o scadenziario per il pagamento del restante 80%.

Il DDL introduce un nuovo elemento critico riguardante la determinazione degli indennizzi. Le perizie saranno effettuate da professionisti incaricati dai Comuni, scelti da una lista di nominativi fornita dai locali ordini professionali, in particolare quello dei commercialisti.

La riforma prevede anche l'obbligo di assunzione di lavoratori impiegati nella precedente concessione che ricevevano da tale attività la prevalente fonte di reddito per sé e per il proprio nucleo familiare.

Si prevede che il governo dovrebbe adottare un Piano nazionale 2024-2029 per "lo sviluppo delle attività insistenti sulle concessioni demaniali ad uso turistico ricreativo e sportivo". In più, appunto entro il 2029, tutte le Regioni dovrebbero rendere almeno il 15% delle spiagge libere da concessioni.

Tale proposta, al netto poi dell'esame approfondito che verrà fatto nelle competenti sedi, Parlamento *in primis*, nonché dal confronto doveroso con gli operatori di settore, sembrerebbe far emergere due ordini di perplessità: da un lato si palesa un nuovo

⁶⁴ In particolare, la legge n. 296 del 2006 (legge finanziaria), all'art. 1, comma 251 stabilisce che «è fatto obbligo per il titolare delle concessioni di consentire il libero e gratuito accesso di transito, per il raggiungimento della battigia antistante l'area ricompresa nella concessione, anche al fine della balneazione». Analogamente, al comma 254 è previsto che «le Regioni, nel predisporre i piani di utilizzazione delle aree del demanio marittimo, sentiti i comuni interessati, devono individuare le modalità e la collocazione dei varchi necessari al fine di consentire il libero e gratuito accesso di transito per il raggiungimento della battigia antistante l'area ricompresa nella concessione, anche al fine di balneazione». Inoltre, l'art. 11, comma 2, lett. d) della legge n. 215 del 2011 sancisce «il diritto libero e gratuito di accesso e di fruizione della battigia, anche ai fini di balneazione».

rinvio/proroga che si porrebbe in contrasto sia con la normativa eurounitaria che con la maggioritaria giurisprudenza amministrativa; dall'altro, la norma prevista dal Governo non prevede che ci sia un limite di concessioni che un singolo soggetto può accumulare, quindi un privato potrebbe ottenere una sorta di monopolio delle spiagge in una zona se non intervenissero i Comuni con regole proprie.