

INTRODUZIONE

In questo lavoro si cercherà di fare luce sulla complessa e quanto mai incerta e frammentata disciplina delle concessioni demaniali marittime; nello specifico si analizzeranno i profili problematici relativi a loro affidamento e rinnovo.

In primis si osserveranno quelli che sono gli effetti che la Legge annuale del mercato e della concorrenza, c.d. “legge di bilancio” (n. 118/2022), entrata in vigore il 27 agosto 2022, ha prodotto sulla normativa nazionale, alla luce anche della recente pronuncia della Corte di Giustizia dell’Unione Europea¹ che rappresenta l’ultimo approdo giurisprudenziale.

Non si può, comunque, non rilevare da subito che la novella del 2022, emanata dal Governo Draghi, rimane di fatto inefficace in attesa dei decreti attuativi, che il nuovo Governo avrebbe dovuto emettere entro il 27 febbraio 2023. Esso, infatti, si è posto esplicitamente (almeno nelle affermazioni di principio) in discontinuità rispetto a quello precedente; tant’è che nel c.d. “decreto milleproroghe”² ha innanzitutto disposto una nuova proroga annuale della scadenza dei

¹ CGUE, Sez. III, sentenza del 20 aprile 2023, C-348/22, in *www.eius.it*.

² È stata pubblicata nella G.U. n. 49 del 24 febbraio la legge n. 14 del 24 febbraio 2023 di conversione del c.d. “decreto milleproroghe” (D.L. 29 dicembre 2022 n. 198).

titoli concessori (dal 31 dicembre 2023 al 31 dicembre 2024), e ulteriormente ha abrogato il termine entro il quale sarebbero dovuti essere adottati i decreti di attuazione (il termine era fissato al 27 febbraio 2023), eccezion fatta per l'adozione del decreto legislativo per la mappatura delle coste (termine spostato al 27 luglio 2023), necessario a stabilire la sussistenza o meno della scarsità del bene demaniale. Il Governo Draghi aveva sostenuto con forza una accurata e quanto mai necessaria riforma della materia, in considerazione delle due procedure d'infrazione (2008 e 2020) che la Commissione Europea ha aperto nei confronti dell'Italia per la mancata attuazione dell'art. 12 della Direttiva *Bolkestein* e per la violazione dell'art. 49 TFUE. Viceversa, l'attuale Governo si è da subito impegnato in un'interlocuzione con la Commissione Europea nell'intendimento di far fuoriuscire le concessioni in argomento dal perimetro applicativo della Direttiva comunitaria.

Ma quali sono le ragioni che hanno condotto i diversi governi italiani a prorogare *sine die* la validità delle concessioni demaniali in essere, piuttosto che prevedere una sostanziosa riforma del settore? In questo lavoro si ripercorreranno a ritroso le tappe che hanno portato l'ordinamento nazionale nell'incertezza normativa e alla

contrapposizione tra Legislatore e Magistratura, tra diritto nazionale e diritto unionale, che ha toccato la sua acme nelle note “sentenze gemelle” nn. 17 e 18 rese dell’Adunanza Plenaria il 09/11/2021³.

L’ordinamento nazionale, fin dal Codice della Navigazione⁴, ha sempre ritenuto che il rilascio delle concessioni demaniali marittime non dovesse essere preceduto da meccanismi di selezione pubblica, così non applicando l’art. 49 TFUE, che prescrive che il rilascio di una concessione avente ad oggetto beni pubblici deve essere subordinato all’espletamento di procedure trasparenti idonee a garantire l’accesso a tutti gli operatori economici interessati. Anzi, la normativa nazionale non solo contrastava con quella contenuta nel Trattato sul funzionamento dell’UE, ma sanciva, nell’art. 37, co.2 codice della navigazione, il cd. “diritto di insistenza”, ovvero la “preferenza” in favore del concessionario uscente all’atto dell’espletamento della nuova procedura di aggiudicazione. Questo istituto, formalmente espunto dal sistema nel 2010 a seguito della recezione della Direttiva *Bolkestein* nell’ordinamento interno⁵, è di fatto sopravvissuto grazie alle continue proroghe del termine finale delle concessioni in essere, via via disposte dal Legislatore.

³ Giurisprudenza reperita in: *Urbanistica e appalti*, 1/2022, pp. 53-67.

⁴ Regio decreto 30 marzo 1942, n. 327.

⁵ D.lgs. 26 marzo 2010, n. 59.

È del 2006 la “Direttiva servizi” (2006/06/CE) il cui art. 12 stabilisce la nozione di *scarsità del bene* come presupposto perché la sua attribuzione a privati avvenga mediante procedure di evidenza pubblica che garantiscano imparzialità, trasparenza e pubblicità.

Si osserverà come la dottrina e la giurisprudenza hanno a lungo dibattuto sulla nozione di scarsità del bene⁶; tuttavia, si è parimenti notato che, anche qualora il bene “coste” non fosse connotato da scarsità, ciò nonostante la sua assegnazione a privati dovrebbe comunque essere mediata da una procedura selettiva massimamente aperta in attuazione dell’art. 49 TFUE, al fine di garantire il diritto di iniziativa economica e stabilimento da parte di tutti gli operatori economici UE.

Si esporrà anche l’impatto che la sentenza *Promoimpresa e Melis* (C-458/14 e C-67/15)⁷, unitamente alle citate sentenze dell’Adunanza Plenaria, hanno generato sull’ordinamento nazionale, sancendo la primazia del diritto unionale su quello interno, e dunque il principio per cui, laddove la normativa nazionale dovesse essere illegittima, cioè in contrasto con quella comunitaria, sia i giudici sia i

⁶ R. DIPACE, *L’incerta natura giuridica delle concessioni demaniali marittime: verso l’erosione della categoria*, in *Diritto e società*, fasc.3/2021 – pag. 426 ss.

⁷ In: *Urbanistica e appalti*, 2016, p. 1211.

funzionari pubblici hanno il dovere di disapplicarla a vantaggio di quella comunitaria⁸.

Non mancano tesi contrarie ai principi espressi dall'Adunanza Plenaria in merito all'applicazione della Direttiva *Bolkestein*⁹ alle concessioni demaniali. Una su tutte quella, seppur minoritaria, del Tar di Lecce (Tar Puglia, Lecce, sez. I, nn. 71-75 del 2021)¹⁰, che ha valorizzato la distinzione tra regolamenti comunitari (che per loro stessa natura sono direttamente applicabili) e direttive che, al contrario, di regola non possono produrre effetti diretti in quanto necessitano di un provvedimento di attuazione da parte dell'ordinamento interno.

Da ultimo, è intervenuta la Corte di Giustizia Europea¹¹, chiamata in causa dallo stesso Tar Lecce; infatti i giudici salentini, non condividendo i principi affermati dall'Adunanza del Consiglio di Stato nelle citate sentenze, hanno effettuato un rinvio pregiudiziale nell'ambito del giudizio di impugnazione di una delibera del Comune di Ginosa. La sentenza emessa dai giudici di Lussemburgo ha una portata dirompente nel nostro ordinamento perché oltre a confermare

⁸ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874, in *Il Foro Italiano*, fasc. 2/2020.

⁹ In: eur-lex.europa.eu.

¹⁰ In: www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹ CGUE, Sez. III, sentenza del 20 aprile 2023, C-348/22, in www.eius.it.

alcuni dei principi già sanciti nella sentenza *Promoimpresa* (basti pensare alla natura *self-executing* della Direttiva “servizi”), ha dichiarato assolutamente illegittimi tutti i rinnovi automatici dei provvedimenti concessori rilasciati dall’Amministrazione perché contrari ai commi 1 e 2 dell’art. 12 della *Bolkestein* che espressamente prevedono l’espletamento di una procedura imparziale e trasparente¹². Pertanto, alla luce di questa nuova pronuncia, appare essere ormai indifferibile un intervento legislativo troppo a lungo rinviato ed auspicato sia dallo stesso Consiglio di Stato che dal Presidente della Repubblica¹³, che contenga una disciplina indubbia ed esauriente, in grado di armonizzare l’ordinamento interno con i principi di matrice eurocomunitaria.

¹² Punto 74 della sentenza C-348/22.

¹³ Il Presidente della Repubblica in sede di promulgazione della legge di conversione del d.l. n. 198/2022, ha affermato che sulle concessioni balneari “è evidente che profili di incompatibilità con il diritto europeo e con decisioni giurisdizionali accrescono l’incertezza del quadro normativo”, in www.quirinale.it.

CAPITOLO PRIMO

LE CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME: INQUADRAMENTO STORICO E DISCIPLINA ATTUALE

1.1. I beni pubblici e il demanio marittimo

L'espressione "bene pubblico" indica una fattispecie articolata e composita¹⁴. Autorevole dottrina¹⁵ sottolinea come la nozione di "proprietà pubblica" non venga definita in maniera specifica dalle norme del Codice civile del 1942 (artt. 822 sgg.), che, al contrario, si limitano a circoscrivere e disciplinare esclusivamente il "singolare" regime giuridico dei beni appartenenti all'amministrazione pubblica. Ugualmente, anche la Costituzione, all'art. 42, non fornisce un'espressa definizione dei beni pubblici, bensì si limita a classificare la proprietà in pubblica e privata e a prevedere che i beni economici appartengono allo Stato, a enti o ai privati. Ne consegue che lo Stato è sicuramente titolare di un diritto di proprietà su determinati beni; tuttavia, emerge che anche alla proprietà pubblica si applica un regime speciale rispetto a quello previsto per la proprietà privata. Ciò trova

¹⁴ A.M. SANDULLI, *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 277.

¹⁵ F. CARINGELLA - S. MAZZAMUTO - G. MORBIDELLI, *Manuale di diritto amministrativo*, IX^a edizione, 2016, p. 869.

fondamento nella particolare funzione a cui i suddetti beni assolvono, cioè il soddisfacimento di interessi di natura pubblicistica¹⁶. A fronte di questa indeterminatezza definitoria, è stata la dottrina che ha tentato di fornire una definizione di “bene pubblico”. A tal proposito, si afferma che *«i beni pubblici rappresentano l’insieme delle cose mobili e immobili, appartenenti allo Stato o altra p.a., a titolo dominicale o ad altro titolo, idoneo ad assicurare la disponibilità ed il godimento, identificabili in base a specifiche caratteristiche fissate dalla legge ovvero in ragione della destinazione al soddisfacimento di uno scopo pubblico»*¹⁷. Tuttavia, tale tradizionale impostazione è mutata alla luce di due sentenze delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹⁸ dalle quali è emerso un orientamento costituzionalmente orientato rispetto alla natura pubblica e demaniale del bene, che prescinde dal mero dato formale costituito dall’appartenenza dominicale, volto a dare rilievo al ruolo della Costituzione nell’identificazione dei beni pubblici o demaniali. In altre parole, secondo i Giudici di legittimità un bene immobile è da ritenersi bene pubblico, a prescindere dalla titolarità

¹⁶ A. POLICE, *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, Giuffrè, 2008.

¹⁷ V. CERULLI IRELLI, *Beni pubblici*, in *Dig. disc. pubbl., sez. pubbl.*, Volume II, Utet, Torino, 1987, p. 273.

¹⁸ Cass. civ. SS.UU., nn. 3665-3811 del 2011 in: www.demaniocivico.it.

formale, quando è strumentale alla realizzazione degli interessi collettivi¹⁹.

I beni pubblici possono essere classificati in due distinte categorie: i beni appartenenti al demanio pubblico e i beni appartenenti al patrimonio dello Stato; quest'ultimi si differenziano a seconda della loro appartenenza al patrimonio disponibile o indisponibile. I beni del patrimonio indisponibile sono caratterizzati dalla loro destinazione al pubblico servizio *ex art. 826 c.c.*, mentre i beni del patrimonio disponibile sono destinati alla produzione di un reddito²⁰. Invece, i beni demaniali, sono “*quelli destinati a soddisfare in via immediata un interesse o un bisogno pubblico*”²¹. Essi possono appartenere al demanio necessario, composto dai beni elencati nel primo comma dell'art. 822 (spiagge, lido del mare, porti, fiumi, ecc.), ovvero al demanio accidentale che comprende i beni assoggettati al regime del demanio (in quanto lo Stato è titolare della relativa proprietà), ed elencati al secondo comma dell'art. 822 c.c. Naturalmente, i beni

¹⁹ G. DEZIO, *Le concessioni demaniali alla luce delle recenti prospettive di riforma*, in www.ildirittoamministrativo.it, 1/2023.

²⁰ T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 614.

²¹ Cit. T. MARTINES, *ibidem*.

appartenenti al demanio marittimo rientrano nella categoria dei beni del demanio necessario²².

1.2. Definizione e funzione di concessione

La concessione costituisce, nel diritto amministrativo, un istituto di ordine generale. Non vi è alcuna norma che contenga la definizione giuridica della concessione, perciò è stata la dottrina a delineare la fisionomia dell'istituto. Quella maggioritaria ritiene che *“la concessione sia il provvedimento amministrativo con cui una pubblica amministrazione manifesta la volontà di affidare ad un operatore economico privato l'uso di risorse o l'esercizio di attività riservate ai pubblici poteri”*²³.

Tale definizione della funzione sottesa alle concessioni amministrative trova riscontro nell'art. 97 Cost. in quanto l'amministrazione, laddove abbia valutato che l'intervento del terzo sia più funzionale ed efficace al soddisfacimento dell'interesse pubblico, garantendo un più efficace sfruttamento del bene, può

²² Ex art. 822, co. 1, nel quale si distingue i beni facenti parte del demanio necessario (lido, spiaggia, fiumi, torrenti, ecc.); dai beni facenti parte del demanio accidentale rientranti nel co.2 (strade, autostrade, aerodromi).

²³ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, p. 605.

attribuirne la gestione al privato²⁴. Infatti, il co. 2 della norma costituzionale (art. 97) contempla due principi comuni che l'amministrazione pubblica deve rispettare: buon andamento e imparzialità. Con il primo, l'amministrazione si impegna ad essere economica, efficace e ad agire nel modo più adeguato e conveniente possibile; con il secondo, si impegna ad essere trasparente. In altre parole, assicura l'utilizzo di regole comuni²⁵. Ciò detto, la concessione amministrativa viene considerata manifestazione di quel *genus* di poteri riservati alla pubblica amministrazione²⁶ il cui esercizio comporta un'estensione della sfera giuridica del privato. È, pertanto, espressione di un potere ampliativo conferito dalla P.A (concedente) al privato (concessionario)²⁷.

Dunque, effetto derivante dalla concessione è il rapporto fra amministrazione concedente e concessionario, laddove il concessionario ha il diritto di utilizzare il bene, di gestire il servizio o di realizzare l'opera.

²⁴ R. CAPONIGRO, *Le concessioni demaniali nel rapporto con la Corte di Giustizia Europea*, ottobre 2022, in www.giustizia-amministrativa.it, p. 1.

²⁵ E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 53 e ss.

²⁶ Da ora: P.A.

²⁷ S. BERTUZZI, G. COTTARELLI, C. CUSUMANO, *Concessioni demaniali marittime*, Maggioli Editore, marzo 2022, p. 13.