



1 GIUGNO 2022

Concorrenza, demanio marittimo e tutela dei diritti tra frammentazione giuridica ed esigenze di bilanciamento.

Riflessioni a partire dal disegno di legge per il mercato e la concorrenza

di Maria Chiara Girardi

Dottoressa di ricerca in Diritto costituzionale
Università degli Studi di Napoli Federico II



Concorrenza, demanio marittimo e tutela dei diritti tra frammentazione giuridica ed esigenze di bilanciamento. Riflessioni a partire dal disegno di legge per il mercato e la concorrenza*

di Maria Chiara Girardi

Dottoressa di ricerca in Diritto costituzionale
Università degli Studi di Napoli Federico II

Abstract [It]: Il presente contributo analizza il disegno di legge per il mercato e la concorrenza nella parte relativa alle concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo. Dopo anni di proroghe automatiche e generalizzate da parte dell'Italia e impegni non mantenuti nei confronti dell'Europa, il legislatore italiano sembra compiere un primo passo verso una riforma organica della materia. Nel farlo, è necessario operare un corretto bilanciamento tra le esigenze di valorizzazione dei beni demaniali marittimi, la salvaguardia degli investimenti dei concessionari e il rispetto della regola di concorrenza, in conformità con l'ordinamento europeo e d'intesa con gli enti territoriali e gli operatori del settore, così da colmare l'incertezza e la frammentazione giuridica dell'attuale disciplina.

Title: Competition, maritime property and the protection of rights between legal fragmentation and balancing requirements. Reflections from the Market and Competition Bill

Abstract [En]: The paper analyses the draft law on market and competition 2021, in the part relating to public maritime domain concessions for tourism and recreational purposes. After years of automatic and generalised extensions by Italy and unfulfilled commitments towards Europe, the Italian legislator seems to take a first step towards an organic reform of the matter. In doing so, it is necessary to strike a proper balance between the need to enhance the value of maritime state assets, safeguard the investments of concessionaires and respect the rule of competition, in accordance with European law and in agreement with local authorities and operators in the sector, to overcome the legal uncertainty and fragmentation of the current rules.

Parole chiave: demanio marittimo, concorrenza, direttiva Bolkestein, spiagge, riparto di competenze

Keywords: maritime domain, competition, Bolkestein Directive, beaches, division of competences

Sommario: **1.** Premessa. Tra il dire e il fare c'è di mezzo il mare. **2.** La disciplina delle concessioni demaniali marittime nel disegno di legge per il mercato e la concorrenza. **3.** Sovrapposizione e frammentazione delle competenze. **4.** Il complesso bilanciamento tra regola della concorrenza e tutela dei diritti. **4.1.** L'accessibilità e la fruibilità del demanio marittimo. **5.** Riflessioni conclusive.

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. Premessa. Tra il dire e il fare c'è di mezzo il mare

L'emendamento approvato lo scorso 15 febbraio dal Consiglio dei ministri¹ sul disegno di legge per il mercato e la concorrenza 2021², attualmente in discussione in Senato, è teso a disciplinare in modo organico il settore delle concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo. La riforma del settore, auspicata ormai da decenni, interviene a seguito di un'importante pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato dello scorso novembre³, che ha ritenuto illegittime tutte le proroghe delle concessioni demaniali marittime disposte dal legislatore italiano, per violazione del diritto eurounitario, e ha riconosciuto l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di non applicare la disciplina interna contenente proroghe automatiche degli affidamenti in essere.

Com'è noto, infatti, sebbene la normativa europea imponga l'espletamento di procedure selettive trasparenti ed imparziali per l'affidamento delle concessioni demaniali marittime, l'Italia ha sempre prorogato *ex lege* le concessioni esistenti⁴.

In particolare, la direttiva europea 2006/123/CE⁵, all'art. 12, prevede che: «qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento; [...] l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami»⁶.

Sebbene il legislatore italiano abbia formalmente recepito la direttiva⁷, non si è mai adeguato al diritto sovranazionale. Infatti, dopo l'emanazione della direttiva Bolkestein, l'Italia è intervenuta prima con l'art. 18 del d.l. 30 novembre 2009, n. 194, con cui ha abrogato il diritto di insistenza di cui all'art. 37, comma

¹ XVIII legislatura, d.d.l. di iniziativa governativa, A.S. 2469, *Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*.

² L'emendamento aggiunge gli artt. 2-bis e 2-ter al disegno di legge per il mercato e la concorrenza 2021.

³ Ad. plenaria del Consiglio di Stato, sentt. 9 novembre 2021, nn. 17 e 18. Sul punto, in dottrina, cfr. A. COSSIRI, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si pronuncia sulle concessioni demaniali a scopo turistico-ricreativo. Note a prima lettura*, in *Dir. pubbl. eur. Rass.* online, n. 2, 2021, pp. 232 ss., nonché il fascicolo monografico *La proroga delle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, *Dir. e soc.*, n. spec. 3, 2021. Sia consentito, altresì, il rinvio a M.C. GIRARDI, *Nel "mare magnum" delle proroghe. Riflessioni a partire dalle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza plenaria*, in *Osservatorio AIC*, n. 2, 2022, pp. 254 ss.

⁴ Dapprima con il d.l. 5 ottobre 1993, n. 400, convertito con modificazioni nella l. 4 dicembre 1993, n. 194 e con la l. 27 dicembre 2006, n. 296, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007)*.

⁵ Cosiddetta direttiva Bolkestein. Per un commento alla direttiva cfr. S. D'ACUNTO, *Direttiva servizi (2006/123/UE). Genesi, obiettivi, contenuto*, Milano, Giuffrè, 2009, *passim*.

⁶ Sul tema, in dottrina, cfr. A. LUCARELLI, L. LONGHI, *Le concessioni demaniali marittime e la democratizzazione della regola della concorrenza*, in *Giur. Cost.*, n. 3, 2018, pp. 1251 ss., i quali evidenziano come la durata eccessiva delle concessioni ostacolerebbe l'ingresso nel mercato di altri operatori, dando vita a delle vere e proprie posizioni di dominio degli imprenditori sui beni demaniali.

⁷ Con il d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59.

2, del Codice della navigazione, lasciando, tuttavia, inalterata la previsione del rinnovo automatico della concessione alla scadenza; successivamente, con la legge 15 dicembre 2011, n. 217, con cui ha disposto l'abrogazione della disciplina del rinnovo automatico delle concessioni, ma, nelle more di una preannunciata riforma del settore, ha previsto una proroga generale delle concessioni in essere sino al 31 dicembre 2015. Poi ancora, con l'art. 34-*duodecies* del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, il legislatore italiano ha prorogato ulteriormente le concessioni demaniali, sino al 31 dicembre 2020, e con l'art. 24, comma 3-*septies* il d.l. 24 giugno 2016, n. 113, ha disposto che «nelle more della revisione e del riordino della materia in conformità ai principi di derivazione europea, per garantire certezza alle situazioni giuridiche in atto e assicurare l'interesse pubblico all'ordinata gestione del demanio senza soluzione di continuità conservano validità i rapporti già instaurati e pendenti in base all'articolo 1, comma 18, del d.l. 30 dicembre 2009, n. 194»⁸.

In ragione della difformità della disciplina interna rispetto a quella sovranazionale, la Commissione europea ha avviato diverse procedure di infrazione nei confronti dell'Italia⁹.

Peraltro, la stessa Corte di giustizia, nella nota sentenza *Promoimpresa e Melis*¹⁰, ha ammonito l'Italia a rispettare la direttiva Bolkestein, nonché – ancor prima - l'art. 49 TFUE, che osta all'adozione di proroghe automatiche delle concessioni, che impedirebbero alle imprese con sede in altri Stati membri di partecipare alle procedure selettive per gli affidamenti, in evidente violazione del principio di parità di trattamento e di non discriminazione. In questa occasione la Corte ha rammentato che la direttiva Bolkestein consente agli Stati membri di tener conto, nella predisposizione delle procedure selettive, di

⁸ Sul tema, cfr. S. SQUAZZONI, *Il regime di proroga delle concessioni demaniali marittime non resiste al vaglio della Corte di giustizia*, in *Riv. della regolazione dei mercati*, n. 2, 2016, pp. 166 ss.

⁹ La prima procedura di infrazione (n. 2008/4908) censurava l'Italia per la disciplina di cui all'art. 37, comma 2 del Codice della navigazione, relativa al c.d. diritto di insistenza, ossia il diritto di preferenza del concessionario uscente, nonché per la disciplina del rinnovo automatico delle concessioni esistenti. Nello specifico, con la lettera di messa in mora del 29 gennaio 2009, la Commissione europea contestava la compatibilità dell'art. 1, comma 2, del d.l. n. 400 del 1993, con i principi di cui all'art. 49 TFUE e con l'art. 12 direttiva 2006/123/CE. Una lettera di messa in mora complementare è stata poi inviata dalla Commissione (proc. di infrazione n. 2010/2734) a causa del persistente contrasto tra il diritto interno e il diritto europeo. Tale procedura si è però conclusa il 27 febbraio 2012, in virtù dell'impegno del governo italiano ad intervenire con una riforma organica del settore. Da ultimo, tuttavia, il 3 dicembre 2020, la Commissione europea ha avviato una nuova procedura di infrazione nei confronti dell'Italia per le medesime ragioni.

¹⁰ Corte di giustizia, Sez. V, sent. 14 luglio 2016, *Promoimpresa e Melis*, C-458/14 e C-67/15, questioni pregiudiziali sollevate dal Tar Lombardia, sez. IV, 24 con ord. del 24 settembre 2014, n. 2401 e dal Tar Sardegna, sez. I, con ord. del 28 gennaio 2015, n. 2493. Sul punto, in dottrina, cfr. F. CAPOTORTI, *Cronaca di un'incompatibilità annunciata nel caso Promoimpresa: secondo l'avvocato generale Szpunar la direttiva Bolkestein osta al rinnovo autonomo dei diritti esclusivi di sfruttamento dei beni del demanio pubblico marittimo e lacuale in Italia*, in *EuroJus.it*, n. 3, 2016; F. SANCHINI, *Le concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo tra meccanismi normativi di proroga e tutela dei principi europei di libera competizione economica: profili evolutivi alla luce della pronuncia della Corte di giustizia resa sul caso Promoimpresa-Melis*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, n. 2, 2016; A. COSSIRI, *La proroga delle concessioni demaniali marittime sotto la lente del giudice costituzionale e della Corte di giustizia dell'UE*, in *federalismi.it*, n. 14, 2016, pp. 4 ss.

motivi imperativi di interesse generale¹¹, come gli obiettivi di politica sociale o di tutela dell'ambiente, e lascia, dunque, un ampio margine di intervento ai legislatori nazionali¹².

D'altra parte, anche la giurisprudenza interna, con un indirizzo pressoché unanime¹³, ha ammonito il legislatore interno sulla necessità di adeguarsi al diritto eurounitario.

Ciononostante, l'osservazione delle vicende successive conferma la tendenza considerata¹⁴: il legislatore italiano ha disposto ulteriori proroghe delle concessioni demaniali marittime, dapprima con la legge di bilancio 2019¹⁵ e poi con il decreto Rilancio del 2020¹⁶, mentre la Commissione europea ha avviato una nuova procedura d'infrazione contro l'Italia¹⁷.

Contestualmente, come anticipato, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha confermato l'illegittimità delle proroghe *ex lege* disposte dall'Italia, evidenziando l'urgenza di un adeguamento alla disciplina europea in tema di concessioni demaniali marittime¹⁸.

¹¹ La nozione di “motivi imperativi di interesse generale” cui fanno riferimento alcune disposizioni della direttiva Bolkestein (2006/123/CE) «è stata progressivamente elaborata dalla Corte di giustizia nella propria giurisprudenza relativa agli articoli 43 e 49 del trattato, e potrebbe continuare ad evolvere. La nozione, come riconosciuto nella giurisprudenza della Corte di giustizia, copre almeno i seguenti motivi: l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza e la sanità pubblica ai sensi degli articoli 46 e 55 del trattato, il mantenimento dell'ordine sociale, gli obiettivi di politica sociale, la tutela dei destinatari di servizi, la tutela dei consumatori, la tutela dei lavoratori, compresa la protezione sociale dei lavoratori, il benessere degli animali, la salvaguardia dell'equilibrio finanziario del regime di sicurezza sociale, la prevenzione della frode, la prevenzione della concorrenza sleale, la protezione dell'ambiente e dell'ambiente urbano, compreso l'assetto territoriale in ambito urbano e rurale, la tutela dei creditori, la salvaguardia della sana amministrazione della giustizia, la sicurezza stradale, la tutela della proprietà intellettuale, gli obiettivi di politica culturale, compresa la salvaguardia della libertà di espressione dei vari elementi presenti nella società e, in particolare, dei valori sociali, culturali, religiosi e filosofici, la necessità di assicurare un elevato livello di istruzione, il mantenimento del pluralismo della stampa e la politica di promozione della lingua nazionale, la conservazione del patrimonio nazionale storico e artistico, e la politica veterinaria» (Considerando 40 della direttiva 2006/123/CE).

¹² Sul tema, sia consentito il rinvio a M.C. GIRARDI, *Concessioni demaniali marittime e principio di concorrenza costituzionalmente orientato*, in A. COSSIRI (a cura di), *Coste e diritti. Alla ricerca di soluzioni per le concessioni balneari*, Macerata, EUM, 2022, pp. 169 ss.

¹³ Cfr. *ex multis*, Corte cost., sentt. nn. 180 del 2010, 233 del 2010, 340 del 2010, 213 del 2011, 157 del 2017, 118 del 2018, 221 del 2018, 1 del 2019, 10 del 2021; Cons. Stato, sentt. nn. 7874 del 2019, 2890 del 2018, 525 del 2013; Corte Cass., sentt. nn. 21282 del 2018, 25993 del 2019, 29105 del 2020. Nonché, di recente, Tar Campania, sent. n. 265 del 2020; Tar Veneto, sent. n. 218 del 2020; Tar Toscana, sent. n. 363 del 2021; Tar Abruzzo, sent. n. 40 del 2021; Tar Campania, sent. n. 265 del 2021; Tar Sicilia, sent. n. 505 del 2021.

¹⁴ Cfr. G. GRUNER, *L'affidamento ed il rinnovo delle concessioni demaniali marittime tra normativa interna e principi del diritto dell'Unione europea*, in *Foro amm. - Cons. Stato*, 2010, pp. 678 ss.; A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime in fuga dalla concorrenza*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 2, 2013, pp. 447 ss.; C. BENETAZZO, *Le concessioni demaniali marittime ad uso turistico - ricreativo tra diritto interno ed europeo* in *Munus*, n. 1, 2018, pp. 287 ss.

¹⁵ L. 30 dicembre 2018, n. 145, il cui art. 1, commi 682, 683, 684, proroga le concessioni demaniali marittime sino al 31 dicembre 2033.

¹⁶ D.l. 19 maggio 2020, n. 34, che fa salvo quanto disposto dagli artt. 682 e ss. della legge di bilancio 2019, vietando alle amministrazioni l'avvio di nuove procedure di affidamento e di riacquisizione del patrimonio pubblico delle aree demaniali e confermando, di fatto, la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo. Sul tema, in dottrina, cfr. E. CAVALIERI, *Le misure a sostegno della cultura e del turismo nella seconda fase dell'emergenza sanitaria*, in *Giornale Dir. amm.*, n. 1, 2021, spec. p. 30.

¹⁷ Procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea con lettera di messa in mora del 3 dicembre 2020.

¹⁸ Nelle more della pubblicazione del presente lavoro è peraltro intervenuta l'ordinanza n. 743 del 2022 con cui il Tar Puglia (sez. Lecce) ha rinviato la questione in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea per decidere sulla validità della direttiva Bolkestein e per richiedere talune interpretazioni del diritto europeo. Già ad una prima lettura

Il disegno di legge per il mercato e la concorrenza dovrebbe auspicabilmente mettere ordine in questa intricata vicenda. Il provvedimento, nella versione attuale, dispone che tutte le concessioni demaniali marittime sinora prorogate automaticamente abbiano efficacia solo fino al 31 dicembre 2023 e delega il governo ad intervenire entro sei mesi dall'approvazione del disegno con una disciplina organica.

In particolare, il governo è delegato ad adottare uno o più decreti legislativi volti a riordinare e semplificare la materia, determinando criteri omogenei per l'individuazione delle aree suscettibili di affidamento in concessione e per la predisposizione di procedure di evidenza pubblica per l'assegnazione delle stesse.

Il disegno di legge, prima dell'emendamento del febbraio scorso, conteneva, invece, soltanto una delega al governo per la creazione di un sistema informatico di rilevazione delle concessioni demaniali marittime, teso a «promuovere la massima pubblicità e trasparenza dei principali dati e delle informazioni relativi a tutti i rapporti concessori»¹⁹. Tale strumento mira ad ottenere una mappatura del litorale italiano, mediante l'individuazione del numero e della tipologia delle concessioni in essere, dell'entità dei canoni e della durata dei titoli, e la raccolta di «tutti gli atti, i contratti e le convenzioni che comportano l'attribuzione a soggetti privati o pubblici dell'utilizzo in via esclusiva del bene pubblico»²⁰. Esso permette, dunque, «la piena conoscibilità della durata dei rinnovi in favore di un medesimo concessionario, di una società controllata dal concessionario o di un suo familiare diretto, del canone, dei beneficiari, della natura della concessione, dell'ente proprietario e, se diverso, dell'ente gestore, nonché di ogni altro dato utile a verificare la persistenza in favore del medesimo soggetto delle concessioni e la proficuità dell'utilizzo economico del bene in una prospettiva di tutela e valorizzazione del bene stesso nell'interesse pubblico»²¹. Tale previsione non si discostava, però, in modo specifico da quanto già previsto dalla legge n. 145 del 2018, la quale, oltre a disporre la proroga delle concessioni demaniali in essere sino al 2033, aveva previsto una ricognizione del demanio marittimo, tesa all'individuazione delle aree già in concessione e di quelle concedibili. Ciononostante, tale adempimento non era mai stato compiuto²².

Il Presidente del Consiglio dei ministri aveva giustificato questo ulteriore intervento teso alla mappatura del litorale con l'esigenza di garantire trasparenza, al fine di consentire ai cittadini di poter verificare quanto paghino i concessionari per l'esercizio dell'attività e di mettere «in evidenza la frammentazione

del provvedimento emerge in modo evidente come il Tar si discosti del tutto dalla pronuncia dell'Adunanza plenaria. Talune questioni interpretative sollevate dal giudice nazionale paiono per di più già state precisate chiaramente dalla Corte di Giustizia nella citata sentenza *Promoimpresa e Melis*.

¹⁹ Art. 2 del disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, come approvato dal Consiglio dei ministri il 4 novembre 2021, prima che fossero presentati gli emendamenti in Parlamento.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*.

²² Nonostante la legge prevedesse che la procedura andasse completata entro il 30 aprile 2019.

delle competenze tra amministrazioni centrali e territoriali e la scarsa redditività per il governo della maggior parte delle concessioni»²³.

Nel frattempo, il 10 febbraio 2022, è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale²⁴ il decreto 13 dicembre 2021 del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili (MIMS) recante gli *Aggiornamenti, relativi all'anno 2022, delle misure unitarie dei canoni per le concessioni demaniali marittime*. Il decreto prevede, per il 2022, l'adeguamento del 7,95% delle misure unitarie dei canoni stabiliti per il 2021. Tali misure costituiscono la base di calcolo per determinare il canone delle concessioni demaniali marittime in vigore o da rilasciare. Pertanto, l'entità minima del canone, sinora fissata a 2.500 euro, a partire dal 1° gennaio 2022 è pari a 2.689,75 euro.

Questo provvedimento, “risponde”, in parte, alla relazione presentata dalla Corte dei conti il 21 dicembre 2021²⁵, nella quale venivano evidenziate le criticità legate alla misura irrisoria dei canoni delle concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo. In particolare, la relazione mostrava come il bilancio statale risultasse fortemente danneggiato dall'esiguità dei canoni concessori riscossi grazie agli affidamenti del litorale marittimo. Infatti, per le 12.166 concessioni in essere²⁶, nel periodo 2016-2020, risultava un incasso di 101,7 milioni, a fronte dei 111 milioni previsti. La Corte dei conti sottolineava, dunque, la necessità e l'urgenza di adeguare i canoni concessori²⁷ in modo proporzionale ai vantaggi ottenuti, contestualmente garantendo agli imprenditori una durata dell'affidamento compatibile con gli investimenti previsti.

Anche l'emendamento al disegno di legge per il mercato e la concorrenza interviene in merito, stabilendo che il governo debba fissare dei criteri uniformi per la quantificazione dei canoni, che tengano conto dell'effettiva redditività del bene, del valore naturale del litorale e delle eventuali attività ivi svolte²⁸. Inoltre, è espressamente previsto che una quota del canone sia riservata a interventi di difesa delle coste²⁹ e di miglioramento della fruibilità delle aree demaniali libere³⁰. D'altra parte, «la possibilità incondizionata

²³ Dichiarazioni rese dal Presidente del Consiglio Mario Draghi nel Consiglio dei ministri del 4 novembre 2021. Cfr. <https://www.ilsole24ore.com/art/concorrenza-bozza-salta-spinta-gare-trasporto-pubblico-locale-AE0QYiu>.

²⁴ Gazzetta Ufficiale n. 34 del 2022.

²⁵ Deliberazione n. 20 del 2021 di approvazione della Relazione *La gestione delle entrate derivanti dai beni demaniali marittimi*, rinvenibile su cortedeiconti.it.

²⁶ Oltre il 12,5 % in più rispetto a quelle in essere nel 2018.

²⁷ Sul tema, in dottrina, cfr. G. D'AURIA, *In tema di concessioni di demanio marittimo e mancato pagamento di canoni e indennizzi*, in *Foro.it*, n. 4, 2019, pp. 1168 ss.; A. LUCARELLI, L. LONGHI, *Le concessioni demaniali marittime e la democratizzazione della regola della concorrenza*, cit., p. 1254.

²⁸ Art. 2-ter, comma 2, par. 6), lett. f) del disegno di legge per il mercato e la concorrenza 2021.

²⁹ Tale clausola sembra in linea con gli attuali obiettivi di “transizione green” espressi nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e nelle recenti modifiche agli artt. 9 e 41 della Costituzione italiana dovuti alla legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1. Sul tema, in dottrina, cfr. R. BIFULCO, *Prmissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *federalismi.it*, n. 11, 2022, pp. 3 ss.; *contra*, T.E. FROSINI, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *federalismi.it*, n. 16, 2021, pp. 2 ss.

³⁰ Art. 2-ter, comma 2, par. 6), lett. g) del disegno di legge in esame.

di sub-concessione dimostra in sé stessa la sussistenza, almeno in alcuni casi, di margini di guadagno ultronei e sproporzionati, che dovrebbero essere recuperati»³¹.

Più in generale, il disegno di legge potrebbe allora segnare un primo passo verso la tanto attesa riforma del settore delle concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo. Dopo anni di proclami e impegni disattesi, il legislatore italiano sembra voler finalmente intervenire con una riforma volta ad introdurre procedure selettive, imparziali e trasparenti per l'affidamento delle concessioni.

2. La disciplina delle concessioni demaniali marittime nel disegno di legge per il mercato e la concorrenza

Nel compiere un'accurata disamina dell'attuale disegno di legge per il mercato e la concorrenza emerge, innanzitutto, come il legislatore intervenga disponendo che tutte le concessioni demaniali marittime a finalità turistico-ricreative prorogate *ex lege*, comprese quelle previste dall'articolo 01, comma 1, del d.l. 5 ottobre 1993, n. 400, abbiano efficacia solo fino al 31 dicembre 2023³². A tal fine sono abrogati: i commi da 675 a 683 dell'art. 1 della legge 30 dicembre 2018, n. 145; il comma 2 dell'art. 182 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34³³; il comma 1 dell'articolo 100 del d.l. 4 agosto 2020, n. 104³⁴; nonché gli artt. 37 e 45 *bis* del Codice della navigazione e ogni altra disposizione incompatibile con l'art. 49 TFUE in tema di diritto di stabilimento, e con la direttiva 2006/123/CE (c.d. direttiva Bolkestein).

In virtù di tali abrogazioni, a partire dal dicembre 2023, le pubbliche amministrazioni sono tenute a conformarsi al diritto europeo indicendo delle gare trasparenti, imparziali e non discriminatorie, che garantiscano ampia partecipazione e adeguata pubblicità sia dell'avvio della procedura, che del suo svolgimento. A tal fine, il governo deve adottare, su proposta del Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili e del Ministro del turismo, di concerto con il Ministro della transizione ecologica, il Ministro dell'economia e delle finanze, il Ministro dello sviluppo economico e il Ministro per gli affari regionali e le autonomie, previa intesa in sede di Conferenza unificata, uno o più decreti legislativi tesi a riordinare e semplificare il settore delle concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo, nonché la disciplina in materia di concessioni per la realizzazione e gestione di strutture per la nautica da diporto.

In particolare, il governo è tenuto a fissare dei criteri uniformi sia per l'espletamento delle procedure di selezione, che per l'individuazione delle aree suscettibili di affidamento in concessione, «assicurando

³¹ Così A. COSSIRI, *Il bilanciamento degli interessi in materia di concessioni balneari: quali spazi per il legislatore statale e per le autonomie?*, in *federalismi.it*, n. 9, 2022, p. 7.

³² In linea con quanto disposto dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nelle sentenze “gemelle” nn. 17 e 18 del 2021.

³³ Convertito, con modificazioni, dalla l. 17 luglio 2020, n. 77.

³⁴ Convertito, con modificazioni, dalla l. 13 ottobre 2020, n. 136.

l'adeguato equilibrio tra le aree demaniali in concessione e le aree libere o libere attrezzate, nonché il raggiungimento della battigia antistante l'area ricompresa nella concessione anche al fine di balneazione»³⁵.

Contestualmente, il governo, nell'adozione delle misure, deve tener conto degli investimenti effettuati dai concessionari, «del valore aziendale dell'impresa e dei beni materiali e immateriali, della professionalità acquisita»³⁶; e nell'organizzazione delle procedure deve assicurare il rispetto degli obiettivi di politica sociale³⁷, della salvaguardia dell'ambiente e del patrimonio culturale, della salute e della sicurezza.

Il disegno di legge prevede, inoltre, che l'Esecutivo, al fine di valorizzare anche le piccole e medie imprese, definisca i casi e i presupposti per l'eventuale frazionamento in micro-lotti delle aree demaniali da affidare in concessione.

Elementi fondamentali ai fini della scelta del concessionario debbono essere la qualità del servizio offerto, la fruibilità e accessibilità collettiva del demanio, anche da parte di individui con disabilità, nonché il ridotto impatto ambientale e la preferenza per le opere amovibili. Sono poi tenute in ampia considerazione «l'esperienza tecnica e professionale già acquisita in relazione all'attività oggetto di concessione o ad analoghe attività di gestione di beni pubblici, secondo criteri di proporzionalità e di adeguatezza, e, comunque, in maniera tale da non precludere l'accesso al settore a nuovi operatori»³⁸, nonché «la posizione di soggetti che, nei cinque anni antecedenti l'avvio della procedura selettiva, hanno utilizzato la concessione quale prevalente fonte di reddito per sé e per il proprio nucleo familiare»³⁹.

La durata delle concessioni demaniali marittime deve essere adeguata alla tipologia di affidamento e non «superiore a quanto necessario per garantire al concessionario l'ammortamento e l'equa remunerazione degli investimenti autorizzati dall'ente concedente in sede di assegnazione della concessione e comunque da determinarsi in ragione dell'entità e della rilevanza economica delle opere da realizzare con divieto espresso di proroghe e rinnovi anche automatici»⁴⁰.

Anche i canoni, come anticipato⁴¹, debbono essere stabiliti nel rispetto di criteri uniformi che valorizzino il territorio e tengano conto della effettiva redditività delle aree demaniali, riservando una quota del canone all'ente concedente per finalità di tutela del territorio e, in specie, delle coste e per garantire un miglioramento della fruibilità dell'area.

³⁵ Art. 2-ter, comma 2, del disegno di legge per il mercato e la concorrenza 2021.

³⁶ Art. 2, lett. c) dell'*Allegato tecnico a commento dell'emendamento al ddl concorrenza in materia di concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative*.

³⁷ Anche prevedendo delle clausole sociali che tutelino il personale impiegato dal precedente concessionario assicurandogli una stabilità lavorativa, in ossequio ai principi dell'Unione europea e, in particolare, all'art. 12, par. 3 della direttiva Bolkestein.

³⁸ Art. 2-ter, comma 2, punto 4.1. del disegno legge in esame.

³⁹ Art. 2-ter, comma 2, punto 4.2. del disegno legge in esame.

⁴⁰ Art. 2-ter, comma 2, punto 6 del disegno legge in esame.

⁴¹ *Supra* par. 1.

Per l'adozione dei decreti legislativi il governo deve, altresì, tenere in considerazione il parere degli enti territoriali; in particolare, l'Esecutivo deve acquisire l'intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano.

Sullo sfondo di tali misure si pone l'esigenza di razionalizzare il settore delle concessioni demaniali marittime, al fine di favorirne pubblica fruizione e accessibilità⁴², maggiore sostenibilità e concorrenzialità.

3. Sovrapposizione e frammentazione delle competenze

Uno dei principali dubbi che emerge dalla lettura dell'emendamento al disegno di legge concorrenza, nonché, più in generale, dalla normativa in tema di concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo, riguarda il tema della frammentazione delle competenze tra più livelli di governo e dei numerosi interessi che si intersecano in materia⁴³.

Infatti, a partire dagli anni Novanta, con l'ampliamento delle funzioni amministrative regionali, in particolare in virtù dell'art. 105, comma 2, del d.lgs. n. 112 del 1998, tra le competenze regionali furono annoverate «il rilascio delle concessioni di beni del demanio della navigazione interna, del demanio marittimo e di zone del mare territoriale per finalità diverse da quelle di approvvigionamento di fonti di energia» (lett. l). Successivamente, tale competenza fu «ereditata» dai Comuni ex art. 42 del d.lgs. n. 96 del 1999⁴⁴.

Le Regioni hanno mantenuto «funzioni di programmazione, di indirizzo e di vigilanza», mentre gli Enti locali hanno ottenuto «dei veri e propri poteri amministrativi di rilascio del provvedimento concessorio, con un assoluto ribaltamento dello schema pregresso ed un ruolo statale relegato sullo sfondo»⁴⁵.

Tale tendenza è stata confermata dalla riforma del Titolo V⁴⁶; tuttavia, in virtù di tale operazione di decentramento si è, di fatto, creata una frammentazione giuridica e una complessità dovuta ai numerosi soggetti coinvolti⁴⁷, tale che ad oggi sarebbe necessario un intervento legislativo anche in questo senso,

⁴² Sul tema, cfr. A. LUCARELLI, *Il ruolo delle concessioni demaniali marittime tra non attuazione della Bolkestein, regola della concorrenza ed insorgere della nuova categoria "giuridica" dei beni comuni (nota a C. cost., sentenza n.1/2019)*, in *Diritti fondamentali*, n. 1, 2019.

⁴³ Sul punto, *ex multis*, cfr. Corte cost., sent. n. 150 del 2003; sent. n. 274 del 2003; sent. n. 39 del 2017.

⁴⁴ G. LAMI, *Le attività turistico ricreative sul demanio marittimo: le conseguenze per l'utilizzo del bene pubblico in relazione al trasferimento di funzioni ed i suoi riflessi sulle attività imprenditoriali*, in ID. (a cura di), *Le concessioni demaniali marittime tra passato presente e futuro*, Padova, Exeo, 2010, pp. 7

⁴⁵ Tutti i virgolettati del periodo sono tratti da G. PROFETA, *Stato e autonomie nell'assetto regolatorio delle concessioni demaniali secondo la legge di bilancio per il 2019: un approdo incompiuto*, in A. COSSIRI (a cura di), *Coste e diritti. Alla ricerca di soluzioni per le concessioni balneari*, cit., p. 131.

⁴⁶ Sul tema, in dottrina, cfr. L. SALAMONE, *Concessioni demaniali su aree portuali e Titolo V della Costituzione: rilievo della "vocazione" turistica dell'area e riparto di competenze tra Stato e Regione*, in *Il demanio marittimo*, n. 2, 2009, pp. 533 ss.

⁴⁷ Cfr. M. OLIVI, *Beni demaniali ad uso collettivo. Conferimento di funzioni e privatizzazione*, Cedam, Padova, 2005, spec. pp. 44 ss.

che vada a chiarire la posizione degli attori in campo e i rispettivi ruoli⁴⁸. L'art. 117 Cost., infatti, non contiene alcun riferimento alle competenze in ambito demaniale; ciò implica che si possa considerare la materia trasversale (come il turismo, o il governo del territorio) e sottoposta al diritto dell'Unione europea⁴⁹.

Proprio la problematica frammentazione giuridica del settore delle concessioni demaniali marittime «è stata verosimilmente l'innescò concreto delle antinomie [...] esplose dopo la modifica del Titolo V lungo due dimensioni interdipendenti: verticalmente tra Stato italiano ed istituzioni europee, orizzontalmente fra livello di governo centrale ed entità sub-statali»⁵⁰.

Il contrasto tra l'Italia e l'Unione europea sembra scaturire, più in generale, dalla genesi storico-politica dell'Unione e dalle basi economiche sulle quali essa si è sempre consolidata. Ciò implica che l'interesse pubblico viene perseguito in modo differente a livello europeo, ove esso è radicalmente strutturato sulla concorrenza e i rapporti di mercato⁵¹. Tuttavia, l'Italia, ex art. 117, comma 1, Cost., è tenuta a conformarsi ai vincoli europei, sebbene da decenni tenti di svincolarsi dall'applicazione dei principi di libertà di stabilimento, libera circolazione dei servizi e tutela della regola della concorrenza, derivanti dalla direttiva Bolkestein⁵², ma, prima ancora, dai Trattati europei⁵³.

Dal punto di vista orizzontale, invece, la frammentazione giuridica del regime delle competenze a livello interno ha fatto sì che le Regioni si siano adoperate ritenendosi competenti in materia, in virtù della propria legittimazione, più generale, in materia di governo del territorio⁵⁴.

Tale problematica è stata più volte affrontata anche dalla Corte costituzionale, la quale ha riconosciuto che la disciplina si dipana su «diversi ambiti materiali, attribuiti alla competenza sia statale che regionale, atteso che particolare rilevanza, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento di tali concessioni,

⁴⁸ Sul tema, cfr. S. LICCIARDELLO, *Demanio marittimo e autonomie territoriali*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione: atti del convegno di studi Ville Tuscolane, 16-18 novembre 2006*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 266 ss.

⁴⁹ Sul tema, di recente, M. CONTICELLI, *Il regime del demanio marittimo in concessione per finalità turistico-ricreative*, in *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 4, 2020, pp. 1069 ss.; P. MAZZINA, *Le concessioni balneari ad uso turistico-ricreativo tra libera concorrenza e tutela sociale della collettività*, in *federalismi.it*, n. 4, 2022, spec. pp. 597 ss.

⁵⁰ Così, condivisibilmente, G. PROFETA, *Stato e autonomie nell'assetto regolatorio delle concessioni demaniali secondo la legge di bilancio per il 2019: un approdo incompiuto*, cit., p. 130.

⁵¹ Sul tema, cfr. A. LUCARELLI, *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, Consulta online, 2021, nonché ID., *La concorrenza principio tiranno? Per una lettura costituzionalmente orientata del governo dei beni pubblici*, cit., spec. pp. 2908 ss.

⁵² Che essa stessa ha recepito integralmente con il d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59. Va però precisato che nel decreto sono state autorizzate le Regioni alla scelta di regimi differenziati nella disciplina delle concessioni demaniali marittime, in attuazione della riforma del Titolo V della Costituzione.

⁵³ Cfr. A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime in fuga dalla concorrenza*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 2, 2013, pp. 437 ss.

⁵⁴ Cfr. F. GUALTIERI, *La regolazione regionale e locale, tra pianificazione e gestione*, in M. DE BENEDETTO (a cura di), *Spiegate in cerca di regole*, Bologna, Il Mulino, 2011, pp. 84 ss.

assumono i principi della libera concorrenza e della libertà di stabilimento, previsti dalla normativa comunitaria e nazionale»⁵⁵.

In questo contesto, il legislatore italiano - intervenuto con la legge di bilancio 2019⁵⁶ prorogando *ex lege* le concessioni demaniali marittime in essere - ha disposto la revisione del sistema delle concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo, mediante l'adozione di decreti del Presidente del Consiglio dei ministri⁵⁷ (sinora mai adottati).

La disciplina del primo di questi d.P.C.m., contenuta nell'art. 1, comma 675, della legge di bilancio, compie una prima ricognizione delle imprese concessionarie e dei relativi investimenti e immagina un nuovo modello di gestione delle concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo, basato su un riordino della normativa finalizzato a realizzare un partenariato pubblico-privato «atto a valorizzare la tutela e la più proficua utilizzazione del demanio marittimo, tenendo conto delle singole specificità e caratteristiche territoriali secondo criteri di sostenibilità ambientale»⁵⁸.

La disciplina dell'altro d.P.C.m., invece, contenuta nell'art. 1, comma 680 della legge di bilancio, determina i principi e i criteri tecnici per l'assegnazione delle concessioni demaniali marittime⁵⁹.

Come anticipato, tuttavia, tali misure non sono mai state attuate; pertanto, parrebbe necessario che il disegno di legge operi non solo per un adeguamento del diritto interno al diritto europeo⁶⁰, ma anche in tal senso, definendo il ruolo delle autonomie in materia. A tal fine, sembrerebbe opportuno prevedere criteri uniformi a livello statale per l'espletamento delle procedure, lasciando uno spazio di intervento alle autonomie⁶¹. In particolare, allo scopo di poter adeguare le singole procedure di evidenza pubblica alle peculiarità dei territori, alla diversità delle identità culturali e alle esigenze del turismo, gli enti sub-statali debbono poter conservare un margine di autonomia⁶², favorendo, altresì, le proposte ecologiche,

⁵⁵ Così Corte cost., sent. n. 40 del 2017. Nello stesso senso, *ex multis*, Corte cost., sent. n. 274 del 2003 e sent. n. 39 del 2017.

⁵⁶ L. 30 dicembre 2018, n. 145.

⁵⁷ Ex art. 1, commi 675 e 680 della l. n. 145 del 2018.

⁵⁸ Art. 1, comma 675, della legge n. 145 del 2018.

⁵⁹ Tale assetto prevede anche il coinvolgimento di altri soggetti pubblici, in quanto il decreto ex art. 1, comma 675, è adottato dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e da quello delle politiche agricole, forestali e del turismo, di concerto con il Ministro dell'economia, sentiti i Dicasteri dello sviluppo economico, degli affari europei, dell'ambiente e degli affari regionali, nonché la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome; mentre il decreto ex art. 1, comma 680, è proposto dal Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro delle politiche agricole, delle infrastrutture e dei trasporti, dell'economia e delle finanze, e dell'ambiente.

⁶⁰ Cfr. R. TRUDU, *La nuova "proroga" delle concessioni demaniali marittime deve essere disapplicata*, in *Azienditalia*, n. 6, 2019, pp. 899 ss.

⁶¹ Sul tema, cfr. N. MAZZA, *Le autonomie territoriali alla prova dell'attuazione della direttiva Bolkestein in materia di demanio marittimo ad uso turistico-ricreativo*, in A. LUCARELLI, B. DE MARIA, M.C. GIRARDI, *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime. Principi costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, *Quad. Rass. Dir. pubbl. eur.*, 7, Napoli, 2022, pp. 53 ss.

⁶² Sul tema, cfr. G. PROFETA, *Stato e autonomie nell'assetto regolatorio delle concessioni demaniali secondo la legge di bilancio per il 2019: un approdo incompiuto*, cit., p. 134, il quale evidenzia come, per esempio, «in sede di valutazione dell'offerta potrebbe essere lasciato un margine ulteriore agli enti territoriali sub-statali, accordando la facoltà alle Regioni di integrare con

sostenibili ed innovative⁶³, che tengano conto degli interessi della comunità⁶⁴, unico vero destinatario dei servizi⁶⁵.

In particolare, i Comuni, anche in ossequio al principio di sussidiarietà verticale⁶⁶, sembrano i soggetti più adatti a rappresentare le istanze delle singole comunità locali ed essi stessi dovrebbero essere i destinatari degli introiti derivanti dal pagamento dei canoni delle concessioni insistenti sul proprio territorio⁶⁷. In questo modo si potrebbe risolvere un'altra annosa problematica, relativa al pagamento dei canoni concessori e all'adeguatezza degli stessi rispetto al valore reddituale del bene e all'attività economica ad esso connessa⁶⁸. Infatti, i Comuni, nella predisposizione dei bandi di evidenza pubblica, divenendo i soggetti destinatari degli introiti, da un lato, avrebbero maggiore interesse a prevedere canoni adeguati e parametrati alle caratteristiche della concessione - per esempio in base all'affluenza turistica della zona -, dall'altro, potrebbero reinvestire le somme ricavate in politiche di tutela delle coste, di bonifica dei territori e di valorizzazione del paesaggio.

Tale assetto consentirebbe di incentivare, altresì, il sistema dei controlli, ulteriore grave problematica che investe il settore. Infatti, numerose criticità derivano dal mancato controllo da parte degli enti pubblici del rispetto degli obblighi già imposti ai concessionari, non solo in relazione al pagamento dei canoni, ma anche in relazione all'accesso al mare e alla battigia⁶⁹, alla tutela dell'ambiente e delle coste.

propria normativa le griglie di punteggio con voci specifiche legate alla valorizzazione del turismo sul territorio da parte delle istanze dei partecipanti, attribuite poi nel procedimento di assegnazione dai Comuni, in pieno raccordo con il principio di prossimità nell'esercizio delle funzioni amministrative sancito dall'articolo 118, comma 1 della Costituzione».

⁶³ Ciò anche in ossequio a quanto contenuto nel Piano nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) approvato dall'Italia con il decreto-legge n. 152 del 2021 e convertito in legge 29 dicembre 2021, n. 233.

⁶⁴ Sul tema, cfr. G. CARULLO, A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime nel mercato europeo dei servizi: la rilevanza del contesto locale e le procedure di aggiudicazione*, in *federalismi.it*, n. 26, 2020, p. 42, i quali evidenziano come nell'affidamento dei beni demaniali marittimi vadano considerate «le radicali differenze culturali dei [...] luoghi, che qui è impossibile anche solo accennare in ragione della varietà di usi e costumi che contraddistinguono [...] tutto il nostro territorio nazionale. Differenze che, è bene sottolinearlo, vengono qui in rilievo quali inestimabili elementi di differenziazione che rendono ciascun luogo espressione di una diversa realtà, con tutte le differenze e peculiarità che ciascuno è in grado di offrire. Il che, in un'ottica di promozione del turismo, è innegabile che rappresenti un fondamentale elemento di valorizzazione di cui l'amministrazione non può non tenere conto nella valutazione degli interessi pubblici».

⁶⁵ Sia consentito il rinvio a M.C. GIRARDI, *Nel "mare magnum" delle proroghe. Riflessioni a partire dalle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza plenaria*, cit., pp. 266 ss.

⁶⁶ Art. 118, comma 1 della Costituzione.

⁶⁷ Invece, trattandosi di demanio statale, gli introiti dei canoni sono *ipso iure* destinati allo Stato.

⁶⁸ *Supra* par., 1. Sul punto, cfr. A. LUCARELLI, *Il ruolo delle concessioni demaniali marittime tra non attuazione della Bolkestein, regola della concorrenza ed insorgere della nuova categoria "giuridica" dei beni comuni (nota a C. cost., sentenza n. 1/2019)*, cit., p. 7.

⁶⁹ 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».

Non a caso, anche la giurisprudenza si è espressa a più riprese sul tema. Per esempio, il Tar Campania, con l'ordinanza n. 1540 del 2015, ha riconosciuto in capo al Comune un potere di vigilanza sul rispetto degli obblighi per i concessionari di consentire l'accesso pedonale libero e gratuito alla spiaggia, imponendo la rimozione di eventuali cancelli che potessero impedire l'accesso. Nella stessa direzione si è mosso il Consiglio di Stato⁷⁰, che ha respinto l'istanza promossa dai concessionari di Ostia contro l'obbligo imposto dal Comune di Roma di rimuovere i cancelli che ostruivano l'accesso libero alla spiaggia. Analogamente, la Cassazione penale⁷¹ ha ritenuto colpevoli di reato di abusiva occupazione di spazio demaniale⁷² alcuni condomini che avevano costruito un'abitazione su una strada che consentiva l'accesso libero al mare, ritenendo sussistente un diritto di servitù collettiva in capo ai cittadini, quali titolari di un interesse di carattere generale.

Più di recente, il Consiglio di Stato si è nuovamente espresso sul punto, precisando che «il demanio marittimo è direttamente e inscindibilmente connesso con il carattere pubblico della sua fruizione collettiva, cui è naturalmente destinato, rispetto alla quale l'esclusività che nasce dalla concessione costituisce eccezione e [...] di tale principio generale costituiscono applicazione, tra l'altro, l'art. 1, comma 251 lett. e) della legge 27 dicembre 2006, n. 296, a norma del quale costituisce clausola necessaria del provvedimento concessorio l'obbligo per i titolari delle concessioni di consentire il libero e gratuito accesso e transito, per il raggiungimento della battigia antistante l'area ricompresa nella concessione, anche al fine di balneazione e le norme del vigente Piano di utilizzazione degli arenili (PUA) di Roma Capitale, che prevede che dovrà essere lasciato libero sul confine fra due concessioni un corridoio di non meno di mt. 2 per permettere l'accesso libero»⁷³.

Risulta, dunque, evidente - anche alla luce delle citate pronunce giurisprudenziali - che solo una effettiva, chiara e precisa individuazione di ruoli e competenze consentirebbe una adeguata individuazione delle responsabilità in capo ai singoli attori e l'irrogazione di sanzioni, in caso di mancato rispetto dei relativi obblighi⁷⁴. Contestualmente, «la perimetrazione esatta dell'ambito di operatività delle entità sub-statali eliminerebbe in origine qualsiasi altro rischio di sovrapposizione disfunzionale orizzontale tra attori pubblici nazionali differenti. Il risultato conseguito sarebbe quello di un nuovo equilibrio tra inconciliabili

⁷⁰ Cons. Stato, ord. n. 2520 del 2015.

⁷¹ Cass. pen., sez. III, sent. 16 febbraio 2001, n. 15268.

⁷² L'art. 1161 del Codice della navigazione, rubricato *Abusiva occupazione di spazio demaniale e inosservanza di limiti alla proprietà privata*, sancisce al primo comma che «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».

⁷³ Cons. Stato, ord. n. 2543 del 2015.

⁷⁴ Cfr., da ultimo, G. PROFETA, *L'ambiguità organica dell'ordinamento italiano riguardo alle concessioni demaniali marittime*, in *Il Diritto Amministrativo*, luglio 2021, pp. 3 ss.

posizioni di merito⁷⁵, con il riassorbimento del conflitto lungo il neutrale terreno metodologico del procedimento amministrativo. La conferma di un *vecchio* luogo comune secondo cui, talvolta, per avere un'altra visuale basti solo cambiare prospettiva⁷⁶.

4. Il complesso bilanciamento tra regola della concorrenza e tutela dei diritti

Alla luce di quanto sinora evidenziato, emerge che, nell'assetto attuale, lo Stato è titolare dei beni demaniali, può adottare la normativa generale e definitoria del settore e, in quanto titolare dei beni, percepisce i canoni derivanti dalle concessioni. È inoltre esclusivamente competente in materia di concorrenza ex art. 117, comma 2, lett. e), Cost.⁷⁷.

Le Regioni, invece, hanno poteri di pianificazione del governo del territorio, all'interno del quale rientra la predisposizione dei piani di gestione del demanio marittimo⁷⁸. I Comuni sono competenti nella predisposizione dei bandi di gara e nella gestione degli arenili.

La scelta di affidare la tutela della concorrenza alla competenza statale servirebbe ad evitare discipline territoriali differenziate e a garantire omogeneità su tutto il territorio nazionale⁷⁹. La Corte costituzionale ha, però, precisato che la competenza statale in materia di tutela della concorrenza non può essere tale da escludere le competenze regionali a *priori*⁸⁰. Le Regioni sono, quindi, legittimate ad intervenire, benché debbano rispettare «le regolamentazioni giustificate da un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario [...] adeguate e proporzionate alle finalità pubbliche

⁷⁵ Sia consentito il rinvio a M.C. GIRARDI, *Concessioni demaniali marittime e principio di concorrenza costituzionalmente orientato*, in A. COSSIRI (a cura di), *Coste e diritti. Alla ricerca di soluzioni per le concessioni balneari*, cit., pp. 169 ss., in cui viene sostenuto come le posizioni degli attori in campo siano solo apparentemente inconciliabili e lo spazio d'intervento lasciato dall'Unione europea all'Italia sia piuttosto ampio.

⁷⁶ Così G. PROFETA, *Stato e autonomie nell'assetto regolatorio delle concessioni demaniali secondo la legge di bilancio per il 2019: un approdo incompiuto*, cit., p. 135.

⁷⁷ Come più volte ribadito dalla Corte costituzionale, da ultimo con la sent. n. 139 del 2021.

⁷⁸ Sul tema, cfr. M. MAZZARELLA, *Le concessioni di beni demaniali marittimi: conflitto Stato-Regioni e tutela della concorrenza*, in *Diritti regionali*, n. 1, 2022, p. 87, la quale precisa che «La pianificazione dello spazio marittimo è attuata attraverso la predisposizione di piani di gestione, in cui si prevede la distribuzione spaziale delle attività e dei diversi usi delle acque marine, tra cui rientrano gli impianti e le infrastrutture per la prospezione, lo sfruttamento e l'estrazione di petrolio, gas e altre risorse energetiche e la produzione di energia da fonti rinnovabili. Il Governo italiano ha presentato nel 2021 alla Commissione dell'Unione europea una proposta di piani di gestione dello spazio marittimo, come previsto dal decreto legislativo del 17 ottobre 2016, n. 201, di recepimento della direttiva 2014/89/UE che ha istituito un quadro per la pianificazione dello spazio marittimo. Tale piano, finalizzato a favorire una gestione integrata delle cose, è volto ad assicurare lo sviluppo sostenibile nei settori energetici del mare, dei trasporti marittimi, della pesca e dell'acquacoltura» (nota n. 3).

⁷⁹ Sul tema, in dottrina, cfr. C. PINELLI, *La tutela della concorrenza come principio e come materia. La giurisprudenza costituzionale 2004-2013*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2014, *passim*; B. CARANTA, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 4, 2004, pp. 990 ss.; L. CASSETTI, *Potestà legislativa regionale e tutela della concorrenza*, in *federalismi.it*, 10 dicembre 2001, spec. pp. 1-3.

⁸⁰ Corte cost., sent. n. 98 del 2017.

perseguite, al fine di garantire che gli interessi economici non ledano l'utilità sociale scaturente dai beni demaniali e gli altri principi costituzionali»⁸¹.

Ebbene, problematiche sorgono, innanzitutto, per i mancati coordinamento e integrazione tra le funzioni di regolazione e pianificazione⁸², entrambe ritenute fondamentali per la realizzazione dei fini economici e ambientali. Ai sensi dell'art. 6, comma 3, del decreto-legge n. 400 del 1993, «le Regioni predispongono, sentita l'autorità marittima, un piano di utilizzazione delle aree del demanio marittimo, dopo aver acquisito il parere dei sindaci dei Comuni interessati e delle associazioni regionali di categoria, appartenenti alle organizzazioni sindacali più rappresentative nel settore turistico dei concessionari demaniali marittimi».

In questo quadro regolatorio sono, poi, del tutto pretermessi i cittadini, destinatari dei servizi. Tale dato si ricava, altresì, dal netto squilibrio esistente tra aree demaniali marittime affidate in concessione e aree in libera fruizione (c.d. spiagge libere). Infatti, ex art. 1, comma 254, della legge finanziaria 2007⁸³, le Regioni, nel predisporre i piani di utilizzazione delle aree demaniali, sentiti i Comuni interessati, dovrebbero «individuare un corretto equilibrio tra le aree concesse a soggetti privati e gli arenili liberamente fruibili [...] e individuare le modalità e la collocazione dei varchi necessari al fine di consentire il libero e gratuito accesso e transito, per il raggiungimento della battigia antistante l'area ricompresa nella concessione, anche al fine di balneazione».

La Corte costituzionale⁸⁴ ha avuto modo di precisare che, nella redazione dei piani costieri comunali, le Regioni possano individuare la porzione di demanio marittimo concretamente concedibile e la percentuale di costa da lasciare libera, al fine di bilanciare gli interessi pubblici alla libera balneazione con gli interessi degli imprenditori privati. È, dunque, possibile, per esempio, adottare discipline territoriali differenziate, se « motivate dalle peculiarità di riferimento e dagli obiettivi di matrice collettiva che ciascuna realtà regionale, sulla base delle indicazioni di principio contenute nella legislazione statale di riferimento, può ritenere preminenti alla scelta dei possibili utilizzatori »⁸⁵.

La problematica relativa allo squilibrio tra spiagge date in concessione e spiagge libere non sembra superata nemmeno con il disegno di legge concorrenza, che, sebbene faccia riferimento alla necessità di garantire un equilibrio tra tali aree, si limita a ricalcare la disciplina contenuta nella legge finanziaria.

⁸¹ Corte cost., sent. n. 8 del 2013, riprendendo l'art. 1 del d.l. n. 1 del 2012.

⁸² Sul punto, cfr. F. FRANCIOSI, *Il demanio costiero. Pianificazione e discrezionalità*, in *Giustizia insieme*, 16 novembre 2021.

⁸³ Legge 27 dicembre 2006, n. 296.

⁸⁴ Corte cost., sent. n. 40 del 2017.

⁸⁵ In tal senso, A. LUCARELLI, L. LONGHI, *Le concessioni demaniali marittime e la democratizzazione della regola della concorrenza*, cit., p. 1252.

Occorrerebbe, invece, andare oltre tale previsione, indicando specificamente le percentuali massime di spiagge concedibili, come avviene nella maggior parte dei Paesi europei⁸⁶.

Alcune Regioni si sono già adoperate in tal senso, ma non è sufficiente. Infatti, dal rapporto di Legambiente del 2019 emerge come in taluni territori, come la Campania, le spiagge siano occupate per il 68% da stabilimenti; o nelle Marche, per il 62%. Se a ciò si aggiunge una percentuale di aree non balneabili per ragioni ambientali è evidente che il dato sia estremamente critico.

Come se ciò non bastasse, a seguito delle recenti disposizioni del Ministero della salute⁸⁷ che hanno abrogato l'obbligo di distanziamento di 10 metri quadri tra ombrelloni - precedentemente introdotto come misura di contenimento del Covid-19 - è intervenuta un'ordinanza della Regione Marche⁸⁸ che prevede un "bonus" a favore degli stabilimenti balneari che continueranno a distanziare gli ombrelloni di almeno 10 metri quadri. In particolare, tali gestori avranno diritto di usufruire di una porzione di spiaggia libera. L'ordinanza prevede, infatti, che i Comuni marchigiani potranno affidare in concessione «fasce di spiaggia libera, di lunghezza massima pari a 25 metri lineari, contenute tra due concessioni demaniali o fasce di spiaggia libera confinanti con la singola concessione demaniale per 12 metri, per attrezzarle garantendone il corretto utilizzo [...]. I 12 metri di spiaggia aggiuntiva possono essere utilizzati per gli ombrelloni oppure, se confinanti con attività di bar e ristorazione, per consentire il posizionamento di tavoli all'aperto»⁸⁹.

Tale intervento è esemplificativo, ancora una volta, dell'urgenza di un intervento legislativo in materia, teso a garantire il corretto bilanciamento degli interessi in gioco. In particolare, è necessario contemperare le esigenze economiche e di tutela della regola della concorrenza, con quelle di tutela dei diritti dei cittadini, destinatari e fruitori dei servizi scaturenti dall'utilizzo dei beni demaniali marittimi⁹⁰. Ciò andrebbe fatto, non soltanto fissando le percentuali minime di spiaggia libera, ma altresì intervenendo mediante opere di riqualificazione delle coste e di tutela del litorale. Non va tralasciato, infatti, che

⁸⁶ In Francia, per esempio, almeno l'80% del litorale deve essere libero.

⁸⁷ Ordinanza del Ministero della Salute del 1° aprile 2022, che integra le linee guida anti Covid-19.

⁸⁸ Reg. Marche, ord. del 29 aprile 2022, *Aggiornamento delle linee guida operative per la prevenzione, gestione, contrasto e controllo dell'emergenza COVID-19 nelle attività svolte dalle professioni turistiche* – art. 46 L.R. n. 9/2006.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ Sul tema, cfr. A. LUCARELLI, *La concorrenza principio tiranno? Per una lettura costituzionalmente orientata del governo dei beni pubblici*, in *Giur. cost.*, n. 6, 2020, pp. 2906 ss.; M. DE BENEDETTO, *Beni pubblici e concorrenza*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4, 2017, pp. 1556 ss.; A. MORRONE, *La concorrenza tra Unione europea, Stato e Regioni*, in M. AINIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Roma-Bari, Laterza, 2019, pp. 101 ss.; M. MAZZARELLA, *Le concessioni di beni demaniali marittimi: conflitto Stato-Regioni e tutela della concorrenza*, cit., pp. 107 ss.; nonché, sia consentito il rinvio a M.C. GIRARDI, *La disciplina delle concessioni demaniali marittime. Il persistente contrasto tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in A. LUCARELLI, B. DE MARIA, M.C. GIRARDI, *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime. Principi costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, cit., pp. 29 ss.

trattandosi di beni pubblici, lo Stato avrebbe innanzitutto il *dovere* di soddisfare l'interesse dei cittadini e garantire la tutela dei diritti scaturenti dall'utilizzo di tali beni⁹¹.

4.1. L'accessibilità e la fruibilità del demanio marittimo

Strettamente connessa alla problematica del bilanciamento tra regola della concorrenza e tutela dei diritti dei cittadini è la tematica, più generale, dell'interesse pubblico e della funzione sociale del demanio marittimo. L'art. 2-ter del disegno di legge per il mercato e la concorrenza evidenzia, infatti, l'importanza di favorire la pubblica fruibilità e accessibilità delle spiagge, anche da parte di soggetti con disabilità, nel rispetto dei principi di sostenibilità, tutela dell'ambiente e del paesaggio.

Sinora, la tematica dell'accesso e della fruizione pubblica del demanio marittimo non aveva trovato ampio spazio nella normativa vigente; persino l'Adunanza plenaria⁹² non si era soffermata sulla natura pubblica dei beni coinvolti⁹³, sebbene gli effettivi destinatari dei servizi scaturenti dalle concessioni dei beni pubblici siano proprio i cittadini e la tutela dei loro diritti dovrebbe essere la chiave di volta nella disciplina della materia⁹⁴. È, infatti, proprio il tema della tutela dei destinatari dei servizi che richiederebbe maggiore attenzione all'interno del disegno di legge concorrenza.

Il diritto europeo consegna una definizione ampia del termine “servizi”, che ricomprende le concessioni demaniali marittime, qualificate dalla direttiva Bolkestein come “autorizzazioni”, «in quanto costituiscono atti formali, qualunque sia la loro qualificazione nel diritto nazionale, che i prestatori devono ottenere dalle autorità nazionali al fine di poter esercitare la loro attività economica»⁹⁵. Nell'ottica europea, invero, le concessioni demaniali rilevano quali atti mediante i quali la pubblica amministrazione trasferisce il diritto di utilizzazione economica di un bene al fine di fornire un servizio ricettivo. Pertanto, esse ricadono nella categoria delle “autorizzazioni” di cui alla direttiva servizi.

Contestualmente, i beni demaniali marittimi rientrano nella categoria del demanio necessario⁹⁶, avendo una *naturale* attitudine a soddisfare interessi pubblici. Infatti, i beni del demanio marittimo non possono

⁹¹ Sul tema, ampiamente, A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari, Laterza, 2013, spec. pp. 34 ss.

⁹² Ad. plenaria del Consiglio di Stato, sentt. nn. 17 e 18 del 2021.

⁹³ Sul tema, cfr. G. IACOVONE, *Concessioni demaniali marittime tra concorrenza e valorizzazione*, in *La proroga delle “concessioni balneari” alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, *Dir. e soc.*, n. spec. 3, 2021, p. 531, secondo cui «non può non osservarsi che il Consiglio di Stato si è solo marginalmente occupato della funzione e della natura del demanio marittimo, fondando l'auspicato modello normativo sulla libertà economica dominata dalla concorrenza intesa alla stregua di principio assoluto, anziché regola strumentale al funzionamento delle diverse tipologie del mercato»; nello stesso senso, M.C. GIRARDI, *Nel “mare magnum” delle proroghe. Riflessioni a partire dalle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza plenaria*, cit., pp. 267 ss.

⁹⁴ Cfr. A. LUCARELLI, L. LONGHI, *Le concessioni demaniali marittime e la democratizzazione della regola della concorrenza*, cit., pp. 1251 ss.; nonché L. LONGHI, *Le concessioni demaniali marittime tra regola della concorrenza e diritti fondamentali*, in *Rass. Dir. pubbl. eur.*, n. 1, 2011, pp. 7 ss.

⁹⁵ Così Corte di Giustizia, Sez. V, sent. 14 luglio 2016, *Promoimpresa e Melis*, C-458/14 e C-67/15, punto 41.

⁹⁶ Art. 822 c.c.

essere oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge⁹⁷. Pertanto, il regime giuridico di tali beni è strettamente connesso alle proprie caratteristiche fisiche⁹⁸; d'altra parte, la caratteristica della demanialità presuppone non soltanto l'astratta attitudine intrinseca del bene, ma altresì la sua effettiva destinazione al soddisfacimento degli interessi pubblici.

In relazione al demanio marittimo, dunque, la funzione sociale del bene va tutelata nell'interesse dei diritti dei cittadini⁹⁹. Di conseguenza, «nell'esercizio del suo potere discrezionale di valutazione degli operatori, l'amministrazione potrebbe [dovrebbe] considerare il punto di vista del “destinatario” del servizio, quale elemento per determinare anche la “qualità” dell'offerta del prestatore e ridisegnare il mercato dei servizi del turismo sulla base della realtà aggiornata»¹⁰⁰.

D'altra parte, l'art. 37 del Codice della navigazione, nell'ambito del margine di discrezionalità lasciato all'amministrazione, concede la possibilità di considerare le «le garanzie di proficua utilizzazione della concessione [...] e l'uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico»¹⁰¹. Dunque, la pubblica amministrazione deve adeguare le singole procedure di selezione ai casi di specie, tenendo conto dei diversi interessi pubblici coinvolti¹⁰² - purché siano «proporzionati, ragionevoli e tali da escludere automatismi idonei a ingenerare posizioni di favore nei confronti di taluni concorrenti» – e sempreché «rispetti i tradizionali canoni che presiedono all'esercizio del potere amministrativo, così come configurato dal legislatore nella materia in oggetto, difficilmente l'attività dell'amministrazione si potrebbe esporre a censure di illegittimità da parte del potere giudiziario»¹⁰³. A tal fine, lo stesso Codice dei contratti pubblici contiene indicazioni interessanti da cui potere trarre esempio per predisporre un quadro regolatorio del settore¹⁰⁴.

⁹⁷ Art. 823 c.c. Sul punto, cfr. Corte Cass., Sez. II, sent. n. 2844 del 1998.

⁹⁸ Sul tema, più in generale, cfr. G. CORSO, *I beni pubblici come strumento essenziale dei servizi di pubblica utilità*, in *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Annuario 2003*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 31 ss.

⁹⁹ Sul punto, *ex multis*, Corte Cass. civ., sez. III, sent. 17 marzo 1998, n. 2844; Cons. Stato, sez. V., sent. 2 marzo 2018, n. 1296. Da ultimo, Tar Liguria, sez. I, sent. 9 novembre 2021, n. 946.

¹⁰⁰ Così A. MONICA, *Il destinatario e le concessioni demaniali marittime nel mutato contesto del mercato europeo dei servizi*, in A. COSSIRI (a cura di), *Coste e diritti. Alla ricerca di soluzioni per le concessioni balneari*, cit., p. 182.

¹⁰¹ In questo senso, si vedano le proposte applicative di B. CARAVITA, G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in *federalismi.it*, n. 20, 2021, pp. 16 ss.

¹⁰² Cfr. A. LUCARELLI, L. LONGHI, *Le concessioni demaniali marittime e la democratizzazione della regola della concorrenza*, cit., p. 1253.

¹⁰³ Tutti i virgolettati del periodo sono tratti da A. PAIANO, *Il ruolo dell'amministrazione e del giudice nelle concessioni demaniali marittime: necessità di una valorizzazione*, in A. COSSIRI (a cura di), *Coste e diritti. Alla ricerca di soluzioni per le concessioni balneari*, cit., p. 197.

¹⁰⁴ L. CAIANELLO, *Concessioni demaniali marittime fino al 2035: alcune precisazioni in ordine alle proroghe dei titoli*, in *Foro amm.*, n. 12, 2018, pp. 2331 ss.

Il ruolo dell'amministrazione assume, dunque, un peso notevole in questo contesto; ciò dovrebbe altresì scongiurare il rischio della creazione di un regime di monopolio da parte di concessionari privati¹⁰⁵, la cui delega di funzioni è ormai totale e scaturisce nelle forme di un vero e proprio “disarmo” del potere pubblico. Al contrario, «la presenza *armata* dell'istituzione, che riserva a sé funzioni di controllo e tutela di territorio e paesaggio, porrebbe il bene al riparo dal rischio di speculazioni praticate in suo danno. Altrettanto, gli investimenti e gli operatori di mercato non resterebbero privi di garanzie, essendo mantenuti i medesimi servizi d'oggi, solo in forme più rispettose della fruibilità diffusa [...] nel corretto bilanciamento degli interessi in gioco»¹⁰⁶.

5. Riflessioni conclusive

Una delle principali problematiche che emergono dalla discussione in Senato sul disegno di legge per il mercato e la concorrenza, nella parte relativa alle concessioni demaniali marittime, è rappresentata dal fattore tempo. Infatti, non soltanto – dato tutt'altro che banale – è ormai improcrastinabile un intervento di riforma organica del settore da parte del legislatore italiano, vista la situazione di totale incertezza e di frammentazione giuridica in cui vertono gli imprenditori e i cittadini tutti. Ma, soprattutto, il disegno di legge concorrenza va tassativamente approvato entro il mese di giugno 2022, poiché esso disciplina una serie di interventi obbligatori per il Paese al fine di ottenere i fondi del Piano di Ripresa e Resilienza dall'Unione europea.

Inoltre, l'approvazione del decreto attuativo della delega dovrebbe intervenire entro sei mesi dall'approvazione del disegno di legge; pertanto, non prima dell'inizio del 2023. Anche se il decreto intervenisse nei tempi previsti, spetterebbe poi alle Regioni intervenire con un assetto regolamentare finalizzato a disciplinare la riassegnazione dei titoli e dopo ai Comuni con la predisposizione dei bandi di evidenza pubblica. Questa “seconda parte” di *iter* dovrebbe avvenire entro un anno dall'emanazione del decreto legislativo, volendo rispettare il termine di gennaio 2024, contenuto nell'attuale versione del disegno di legge delega. Tale circostanza pare piuttosto utopica: «fra l'approvazione delle ordinanze regionali e comunali, le scritture e pubblicazioni dei bandi, l'esame delle offerte e il calcolo degli eventuali indennizzi – che richiederà delle apposite perizie tecniche per ogni singola concessione – dodici mesi sembrano una finestra temporale insufficiente»¹⁰⁷.

D'altro canto, al Senato si iniziano a prospettare soluzioni che paiono, invece, eccessivamente “lunghe”, contemplando la possibilità che le concessioni in essere siano prorogate per altri tre anni. Circostanza,

¹⁰⁵ Sul tema, cfr. A. LUCARELLI, *La concorrenza principio tiranno? Per una lettura costituzionalmente orientata del governo dei beni pubblici*, cit., pp. 2906 ss.

¹⁰⁶ Così A. CAMAIANI, *Concessioni demaniali marittime a finalità turistico-ricreativa: l'occasione definitiva per la tutela dei beni comuni*, in A. COSSIRI (a cura di), *Coste e diritti. Alla ricerca di soluzioni per le concessioni balneari*, cit., p. 214.

¹⁰⁷ Così A. GIUZIO, *I tempi della riforma delle concessioni demaniali marittime*, in *Mondobalneare.com*, 16 aprile 2022.

peraltro, che difficilmente – a maggior ragione alla luce dell’ennesima procedura di infrazione avviata a carico dell’Italia - l’Unione europea tollererà. Ma, in ogni caso, non si può pensare di procrastinare nuovamente la riforma di un settore nevralgico per il Paese, che verte da decenni in una situazione di totale *caos* normativo.

Un’ulteriore problematica, attualmente oggetto di discussione in Senato - e particolarmente complessa - riguarda i criteri per il calcolo del valore aziendale delle imprese balneari. Qui è necessario dare una definizione più chiara e dettagliata possibile, che consenta di individuare in modo preciso l’indennizzo spettante agli imprenditori uscenti, garantendo però la libertà di stabilimento ex art 49 TFUE. Infatti, in relazione alla tutela degli investimenti dei concessionari uscenti e al loro legittimo affidamento, il disegno di legge concorrenza propone l’introduzione di un indennizzo a loro favore¹⁰⁸, posto a carico del nuovo concessionario, in ragione del mancato ammortamento degli investimenti realizzati e della perdita dell’avviamento legato ad attività commerciali o turistiche.

Sinora, invece, l’art. 49 del Codice della navigazione prevedeva che, allo scadere della concessione demaniale marittima, salvo diversa pattuizione, le opere non amovibili fossero destinate *ipso iure* allo Stato, senza previsione di alcun indennizzo a favore dell’imprenditore che aveva realizzato l’investimento¹⁰⁹. Parte della dottrina¹¹⁰, ha ritenuto costituzionalmente illegittima la mancata previsione dell’indennizzo, anche per violazione del principio di proporzionalità sancito dalla Corte di giustizia dell’Unione europea¹¹¹ e dell’art. 1, comma 1, del Protocollo addizionale CEDU.

Peraltro, la stessa l’Adunanza plenaria, nel definire i principi che dovrebbero ispirare l’espletamento delle procedure di evidenza pubblica, ha sottolineato che «l’indizione di procedure competitive per l’assegnazione delle concessioni dovrà [...] 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»¹¹².

Tuttavia, andrebbe precisato che, ovviamente, il diritto all’indennizzo a favore del concessionario uscente spetta solo ove la cessazione dell’affidamento non sia determinato da circostanze attribuibili al concessionario stesso; e che esso si declinerebbe, non come un indennizzo esattamente corrispondente

¹⁰⁸ La giurisprudenza, sul punto, si è più volte espressa a favore di un indennizzo a favore del concessionario uscente. Cfr. *ex multis*, Corte Cass., sent. n. 3842 del 2017.

¹⁰⁹ A differenza di quanto contenuto negli artt. 934 ss. del Codice civile, in materia di diritto di superficie.

¹¹⁰ Cfr. G. MORBIDELLI, *Sulla incostituzionalità dell’art. 49 Cod. Nav.*, in D. GRANARA (a cura di), *In litore maris: poteri e diritti in fronte al mare*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 181 ss.; S. ZUNARELLI, *Concessioni demaniali e “diritto d’insistenza” alla luce della direttiva Bolkestein*, in S. ZUNARELLI, N. CARNIMEO (a cura di), *L’impresa balneare sul demanio marittimo*, Bari, Cacucci Editore, 2019, pp. 31 ss.; M. LUCHETTI, *La devoluzione delle opere allo Stato e gli effetti sui futuri affidamenti delle concessioni demaniali marittime*, in *Urb. e app.*, n. 1, 2019, p. 22; M.C. GIRARDI, *Nel “mare magnum” delle proroghe. Riflessioni a partire dalle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell’Adunanza plenaria*, cit., spec. pp. 271 ss.

¹¹¹ Corte di giustizia, sent. 13 luglio 1989, C-5/88, *Wachauf*, e sent. 28 gennaio 2016, C-375/14, *Laegre*.

¹¹² Ad. plenaria del Cons. di Stato, sentt. nn. 17 e 18 del 2021, par. 49.

al valore della costruzione, ma, ad esempio, come pagamento delle spese di demolizione della costruzione, o come diritto di conseguire i materiali di demolizione da parte del concessionario, o ancora, come somma corrispondente agli investimenti non ancora ammortizzati, in modo da non tradursi in una «barriera all'entrata», lesiva del principio di concorrenza¹¹³. È necessario, infatti, scongiurare l'ipotesi che la previsione di un indennizzo a favore degli imprenditori uscenti costituisca un ostacolo all'ingresso di nuovi operatori sul mercato¹¹⁴.

Analogamente, l'emendamento al disegno di legge, tra i criteri cui tener conto nella disciplina delle procedure selettive per l'affidamento delle concessioni, fa espresso riferimento alla capacità tecnica già acquisita dagli operatori, al *know-how* acquisito da chi ha già svolto attività di gestione di beni pubblici¹¹⁵ e alla «posizione dei soggetti che, nei cinque anni antecedenti l'avvio della procedura selettiva, hanno utilizzato la concessione quale prevalente fonte di reddito per sé e il proprio nucleo familiare»¹¹⁶.

Anche tali indicazioni - benché condivisibili, per la necessità di tutelare le attività imprenditoriali e gli investimenti dei concessionari nell'area oggetto di affidamento¹¹⁷ - non devono però trasformarsi in un ostacolo all'ingresso di altri operatori, né, soprattutto, in una riproposizione, di fatto, dell'ormai abrogato diritto di insistenza¹¹⁸ - ossia il diritto di preferenza del concessionario uscente - contrario al diritto europeo¹¹⁹. La stessa Corte costituzionale ha, infatti, in più occasioni, dichiarato illegittimi gli interventi del governo volti a preferire l'imprenditore uscente¹²⁰.

La preoccupazione risiede, dunque, non solo nella possibilità che, ancora una volta, il legislatore procrastini la riforma tanto attesa, ma altresì nell'ipotesi che, pur intervenendo, mantenga di fatto – come già avvenuto in passato – lo *status quo ante*, rappresentato da proroghe e rinnovi automatici.

¹¹³ Espressione tratta da M. CARLIN, *Le regole per le gare tra tutela della concorrenza e salvaguardia delle aziende insediate*, in A. COSSIRI (a cura di), *Coste e diritti. Alla ricerca di soluzioni per le concessioni balneari*, cit., p. 239.

¹¹⁴ Sul tema, si v. Corte cost., sentt. n. 40 del 2017, n. 109 del 2018 e n. 222 del 2020. In dottrina, cfr. M. CONTICELLI, *Effetti e paradossi dell'inerzia del legislatore statale nel conformare la disciplina delle concessioni di demanio marittimo per finalità turistico-ricreative al diritto europeo della concorrenza*, in *Giur. cost.*, n. 5, 2020, pp. 2475 ss.

¹¹⁵ Art. 2-ter, comma 2, lett. e), par. 4.1. del disegno di legge in esame. Analogamente, Ad. plenaria Cons. Stato, sentt. nn. 17 e 18 del 2021, par. 50.

¹¹⁶ Art. 2-ter, comma 2, lett. e), par. 4.2. del disegno di legge in esame.

¹¹⁷ Secondo alcuni andrebbe precisato che vanno tutelati non solo gli investimenti che insistono direttamente nella porzione di area demaniale oggetto di concessione, ma anche quelli realizzati in funzione della stessa. Cfr. *Audizione parlamentare dell'Associazione italiana Confindustria alberghi*, 8 marzo 2022.

¹¹⁸ L'art. 37, comma 2, del Codice della navigazione prevedeva che: «è altresì data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze». La formulazione è stata abrogata dall'art. 1, comma 18, del d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, convertito con l. 26 febbraio 2010, n. 25, perché ritenuto in contrasto con l'attuale art. 49 TFUE.

¹¹⁹ Cfr. E. AJMAR, P. MAFFEI, *Concessioni balneari: si naviga a vista. Uno studio di caso*, in *federalismi.it*, n. 18, 2020, pp. 9 ss.

¹²⁰ Corte cost., sentt. n. 40 del 2017 e n. 221 del 2018.

A contribuire alla totale incertezza e frammentazione giuridica del settore, basti pensare che, da ultimo, è intervenuta la Cassazione penale¹²¹, la quale ha precisato¹²² che, ai fini dell'integrazione del reato di abusiva occupazione di spazio demaniale¹²³, la proroga *ex lege* delle concessioni demaniali marittime, prevista dall'art. 1, comma 18, del d.l. n. 194 del 2009, presuppone la titolarità di una concessione demaniale valida ed efficace. Senza entrare nel merito della pronuncia, ci si limita ad osservare che, secondo la Corte, «l'occupazione del bene demaniale in forza di una concessione legittimamente rilasciata e (ancorché illegittimamente) prorogata dalla legge e dall'autorità amministrativa (in forza di tale legge), è equiparabile alla condotta di chi "arbitrariamente occupa uno spazio del demanio marittimo" (art. 1161 cod. nav.). Nell'affermare tale principio, la Cassazione richiama un orientamento che tende ad accomunare la situazione in cui il soggetto occupi il bene in forza di una concessione dichiarata (dalla legge e dall'amministrazione) ancora esistente, ma la cui persistenza è ritenuta illegittima per violazione del diritto Ue, a quella in cui il titolo sia radicalmente assente o pacificamente scaduto»¹²⁴.

Tuttavia, in precedenza, l'Adunanza plenaria¹²⁵, volendo precipuamente evitare che la propria pronuncia potesse avere ripercussioni in questo senso, aveva specificato che «ad una simile conclusione ostano incondizionatamente i principi costituzionali di riserva di legge statale e di irretroattività della legge penale. Detti principi, come riconosciuto anche dalla Corte di giustizia U.E., fanno parte delle tradizioni costituzionali degli Stati membri e come tali sono parte integrante dello stesso ordinamento comunitario (ed in ogni caso rappresenterebbero comunque controlimiti interni al principio di primazia). Ne discende che la descritta operazione di non applicazione della legge nazionale anticomunitaria non può in alcun modo avere conseguenze in punto di responsabilità penale, per la semplice ragione che il diritto dell'Unione non può mai produrre effetti penali diretti *in malam partem*».

Ebbene, tralasciando gli eventuali dubbi interpretativi relativi alla sentenza della Cassazione penale, nonché la contrarietà della stessa ad altra giurisprudenza¹²⁶, va evidenziato - in relazione a quanto si è cercato di sostenere in questa sede - che: da un lato, la pervicacia con cui il legislatore ha negli anni prorogato le concessioni in essere, disattendendo il diritto eurounitario e le diverse procedure di

¹²¹ Corte Cass. pen., sez. III, sent. 13 aprile 2022, n. 15676.

¹²² Già Corte Cass. pen., sez. III, sent. 2 maggio 2013, n. 32966.

¹²³ Art. 1161 del Codice della navigazione, c.d. *Abusiva occupazione di spazio demaniale e inosservanza di limiti alla proprietà privata*. V. *supra* nota 72.

¹²⁴ Così P. OTRANTO, *Illegittima proroga ex lege della concessione balneare e reato di "abusiva occupazione dello spazio demaniale"*. Cronaca di un finale annunciato (nota a Cass. pen. 22 aprile 2022 n. 15676), in *Giustizia insieme*, 27 aprile 2022.

¹²⁵ Ad. plenaria Cons. Stato, sentt. nn. 17 e 18 del 2021, par. 37. Parte della dottrina aveva già ipotizzato simili effetti come conseguenza della recente pronuncia dell'Adunanza plenaria. Cfr. M.A. SANDULLI, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza plenaria*, in *La proroga delle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria, Dir. e soc.*, n. spec. 3, 2021, pp. 355 ss.

¹²⁶ Corte Cass. pen. SS.UU., sent. 8 giugno 2012, n. 22225, nonché Corte di giustizia, grand. Sez., sent. 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02, *Berlusconi*; sent. 16 giugno 2005, C-105/03, *Pupino*, sent. 5 luglio 2007, C321/05, *Kofoed*.

infrazione a proprio carico, ha ben potuto ingenerare nei cittadini il convincimento della legittimità delle norme interne (nel caso di specie, non ritenendo di vertere in una situazione di abusiva occupazione di spazio demaniale). Dall'altro, l'inerzia del legislatore ha danneggiato tutte le parti in causa, tra cui, innanzitutto, i cittadini e il loro interesse alla salvaguardia e alla valorizzazione dei beni demaniali marittimi.

La conseguenza di tale inerzia, come si è cercato di dimostrare, da una parte, si riflette nelle problematiche vicende della compatibilità della produzione giurisprudenziale al di fuori dei circuiti della rappresentanza¹²⁷, evidenziando, ancora una volta, la crisi delle categorie e delle relazioni istituzionali. Dall'altra, si traduce in una situazione di totale incertezza e frammentazione giuridica, che si riversa sul piano della tutela dei diritti, ove la sola giurisprudenza, spesso ondivaga e mutevole¹²⁸, non può fornire adeguate garanzie¹²⁹.

L'auspicio (*rectius* la pretesa) è dunque che il legislatore “inverta la rotta”, intervenendo su un tema di assoluta rilevanza per l'assetto economico e sociale del Paese, con una normativa *ad hoc* che, fissando delle priorità costituzionalmente orientate¹³⁰, tuteli i beni pubblici ed i diritti dei cittadini ad essi riconducibili.

¹²⁷ Sul tema, in dottrina, più di recente, S. STAIANO, *Legalità senza legge. La fase attuale della lotta per la produzione del diritto*, in G. ACOCELLA (a cura di), *Materiali per una cultura della legalità*, Torino, Giappichelli, 2021, pp. 25 ss.; R. GAROFOLI, *Il giudice tra creatività interpretativa e esigenze di legalità e prevedibilità*, in *federalismi.it*, n. 20, 2019; A. LUCARELLI, *Modelli giuridici di incalcolabilità del diritto*, in A. APOSTOLI, M. GORLANI, *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, *Atti del Seminario Annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa” Brescia, 24 novembre 2017*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 123 ss.; nonché già L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questionegiustizia.it*, n. 4, 2016, pp. 13 ss., G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, pp. 79 ss. Meno critico sul punto, A. LAMORGESE, *L'interpretazione creativa e il valore del precedente nella giurisdizione ordinaria*, in *federalismi.it*, n. 17, 2018. Sulle vicende della rappresentanza, con riferimento alle modalità della decisione politica «negoziata», in ragione degli attori, anche giurisprudenziali, che interferiscono con essa, si v. U. RONGA, *La legislazione negoziata. Autonomia e regolazione nei processi di decisione politica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, spec. pp. 59 ss.

¹²⁸ Come evidenziato, altresì, dall'ultima ordinanza del Tar Puglia (ord. n. 743 del 2022), che rinvia nuovamente la questione alla Corte di Giustizia, disattendendo la pronuncia dell'Adunanza plenaria e sollevando questioni interpretative già da tempo risolte dai giudici europei. Si veda *supra* nota 18.

¹²⁹ In dottrina, è stato infatti affermato che l'Adunanza «ha coraggiosamente elaborato la “sua” soluzione, assumendo sulle proprie spalle anche il pesante fardello di “scelte” che competevano e competono piuttosto al potere legislativo»; così M.A. SANDULLI, *Introduzione al numero speciale sulle “concessioni balneari” alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza plenaria*, cit., p. 335.

¹³⁰ Sul tema, cfr. A. LUCARELLI, *Principi costituzionali europei, politiche pubbliche, dimensioni dell'effettività. Per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, n. 1, 2006, pp. 22 ss.; ID., *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, cit., pp. 4 ss.; G. IACOVONE, *Concessioni demaniali marittime tra concorrenza e valorizzazione*, in *La proroga delle “concessioni balneari” alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, cit., pp. 537 ss.