

LA QUESTIONE GIURIDICA DEL RINNOVO E DELLA PROROGA DELLE CONCESSIONI DEL DEMANIO MARITTIMO - RASSEGNA RAGIONATA E COMMENTATA

di Michele Parenti¹

Il presente articolo costituisce uno stralcio rispetto ad un più ampio lavoro dal titolo: Regime concessorio dei beni demaniali e del patrimonio indisponibile ad operatori economici e nel project financing.

1.1. VICENDE GIURIDICHE LEGATE ALLA SCADENZA DELLE CONCESSIONI DEL DEMANIO MARITTIMO

Sullo sfondo dell'argomento del regime concessorio dei beni demaniali e del patrimonio indisponibile si snoda l'annosa vicenda della scadenza delle concessioni demaniali marittime e la conseguente applicazione ad esse della direttiva dell'Unione Europea 2006/2013, relativa ai servizi del mercato interno (c.d. Direttiva Bolkestein) e del decreto legislativo di attuazione n. 59, del 26/03/2010, che, come è noto, prescrivono l'espletamento di gare ad evidenza pubblica per l'attribuzione delle stesse.

Vicenda intricata e tutt'altro che definita, evolutasi negli ultimi anni a colpi di proroghe legislative (l'ultima al 31/12/2020) e di ricerca di soluzioni per il superamento dei vincoli comunitari, come quella, limitandoci alla Regione Toscana, dei piani di investimento di cui alla L.R.Toscana n.31 e successiva deliberazione della Giunta Regionale n.544/2026, nelle parti sopravvissute alla declaratoria di illegittimità da parte della Corte Costituzionale.

Anche le disposizioni inserite nella legge n.145, del 30/12/2018 (legge di bilancio 2019 di cui infra), che sembravano avere definito in maniera stabile la questione, sono oggi rimesse in discussione dalla giurisprudenza amministrativa, in via prevalente orientata alla declaratoria di illegittimità dei provvedimenti rilasciati dai comuni per la proroga delle concessioni marittime e, da ultimo, dalla nota della Commissione Europea di apertura della procedura di infrazione a carico dello Stato italiano per l'inosservanza della citata

¹ Michele Parenti è Segretario Generale al Comune di Camaiore e dirigente del Servizio Demanio presso lo stesso Ente.

direttiva Bolkestein. Ma andiamo per ordine con una breve sintesi cronologica degli avvenimenti a partire dal quadro normativo.

1.2. IL QUADRO NORMATIVO

- L'art 1, comma 18, del decreto legge n.194 del 30/12/2009, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, legge del 26 febbraio 2010, n. 25, aveva prorogato fino al 31/12/2012 le concessioni in essere alla data di entrata in vigore dello stesso decreto ed in scadenza entro il 31/12/2012, disponendosi al contempo la soppressione del diritto di insistenza, mediante abrogazione dell'ultimo periodo del comma 2 dell'art. 37 del Codice della navigazione.

- L'articolo 34-duodecies del decreto legge n. 179 del 18/10/2012 (decreto crescita), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, legge del 17 dicembre 2012, n. 221, ha prorogato sino al 31 dicembre 2020 il termine delle concessioni demaniali in essere alla data del 30 dicembre 2009 ed in scadenza entro il 31 dicembre 2015.

- L'art. 1, commi 682, 683 e 684 della legge del 30/12/2018, n.145 (legge di bilancio 2019), ha prorogato di quindici anni, con decorrenza dalla data di entrata in vigore della stessa legge, le concessioni demaniali in essere alla data, quindi con rideterminazione del termine di scadenza al 31/12/2033.

- Con Circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti del 20/12/2019, indirizzata alle Autorità del Sistema Portuale, con riferimento alla Sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, n.7874/2019 (vedi infra) il Direttore Generale di tale dicastero, premesso che “la VI Sezione del Consiglio di Stato, nella sentenza *de qua*, rileva che la proroga ex lege delle concessioni demaniali aventi natura turistico-ricreativa non può essere generalizzata, dovendo la normativa nazionale ispirarsi alle regole dell'Unione Europea sull'indizione di gare”, evidenzia che, “sempre secondo il Consiglio di Stato, l'operatività delle proroghe disposte dal legislatore nazionale non può che essere esclusa in ossequio alla pronuncia del 2016 del giudice comunitario”. Inoltre lo stesso Direttore Generale riferisce ai soggetti destinatari che “appare infine utile evidenziare un'ulteriore riflessione contenuta nella sentenza in questione che riprende un principio ormai consolidato in

giurisprudenza, secondo il quale “la disapplicazione della norma nazionale configgente con il diritto dell’Unione Europea, a maggior ragione se tale contrasto è stato accertato dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea, costituisce un obbligo per lo Stato membro in tutte le sue articolazioni e, quindi, anche per l’apparato amministrativo e per i suoi funzionari, qualora sia chiamato ad applicare una norma interna contrastante con il diritto comunitario”.

- L’articolo 182, comma 2, del decreto legge del 19/05/2020, n. 34 (decreto rilancio), convertito in legge, con modificazioni, dall’ art. 1, comma 1, legge del 17 luglio 2020, n. 77, ha stabilito che in riferimento ai beni del demanio marittimo in concessione, tenuto conto delle necessità di rilancio del Settore Turistico e al fine di contenere i danni, diretti e indiretti, causati dall’emergenza epidemiologica da COVID-19, le amministrazioni competenti non possono avviare o proseguire, a carico dei concessionari che intendono proseguire la propria attività mediante l’uso di beni del demanio marittimo, lacuale e fluviale, i procedimenti amministrativi per la devoluzione delle opere non amovibili, di cui all’articolo 49 del codice della navigazione, per il rilascio o per l’assegnazione, con procedure di evidenza pubblica, delle aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.

Questa parte della norma, inserita nel decreto Rilancio, è destinata principalmente a produrre un effetto sospensivo in ragione della situazione epidemiologica, mediante un obbligo di non fare rivolto alle Amministrazioni competenti, ma dal contesto della stessa norma si ricavano tre ulteriori, quanto significative, disposizioni:

1) La conferma che resta fermo per il legislatore, e di conseguenza per gli organi amministrativi, quanto disposto, nei riguardi dei concessionari, dall’articolo 1, commi 682 e seguenti, della legge del 30 dicembre 2018, n. 145, ovvero la prescritta posticipazione di quindici anni dei titoli concessori.

2) La disposizione operativa, che deve essere letta in combinato disposto con la norma sospensiva, in base alla quale per continuare ad utilizzare i beni eventualmente oggetto di devoluzione o di nuove assegnazioni con procedure ad evidenza pubblica, è sufficiente il pagamento del canone previsto nell’atto di concessione.

3) Che le uniche condizioni che ostano alla prosecuzione nell'utilizzo dei beni in oggetto di concessione sono individuate nella circostanza che gli atti di devoluzione, rilascio o assegnazione a terzi dell'area siano stati disposti in ragione della revoca della concessione oppure della decadenza del titolo per fatto o colpa del concessionario.

1.3. IL QUADRO GIURISPRUDENZIALE

Per quanto riguarda l'orientamento giurisprudenziale, sebbene esso si presenti sostanzialmente costante nei pronunciamenti del massimo organo di giustizia amministrativa, per una ragione di ordine sistematico, che però presenta anche delle significative variazioni nell'evoluzione delle considerazioni giuridiche effettuate, si ritiene utile adottare come linea di demarcazione la sentenza della Corte di Giustizia Europea del 14 luglio 2016.

Con Sentenza del Consiglio di Stato, VI Sezione, in data 29/01/2013, n.525, erano stati espressi concetti ribaditi anche in seguito; in particolare l'Alto Consesso Amministrativo, sul presupposto che successivamente alla Direttiva Europea 2006/123/CE (Bolkestein) "i meccanismi normativi che introducono ipotesi di proroga automatica delle concessioni demaniali marittime violano l'art. 117, comma 1, della Costituzione", conclude che "in conseguenza di ciò si impone l'obbligo di disapplicazione della norma in base alla quale sono stati adottati i provvedimenti impugnati, i quali vanno di conseguenza annullati venendo meno il presupposto normativo su cui si fondavano. L'Amministrazione, infatti, non poteva considerare automaticamente prorogata la concessione di cui trattasi, dovendo procedere sulla base di un procedimento di evidenza pubblica" (Corte Costituzionale Sentenze n. 233/2010, 213/2011, 180/2020 e 340/2020).

La Corte di Giustizia Europea, sezione V, con sentenza in data 14/07/2016, nella cause riunite C-458/14 e C-67/15 (conosciuta anche come sentenza Promoimpresa), in sede di pronunciamento su analoga questione pregiudiziale sollevata dal TAR Lombardia e dal TAR Sardegna, ha statuito su tre importanti questioni:

1) Che l'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, deve essere interpretato nel senso che osta a una

misura nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati.

2) Che la proroga ex lege delle concessioni demaniali aventi natura turistico-ricettiva non può essere generalizzata ed automatica, in quanto queste rientrano in linea di principio nel campo di applicazione della succitata direttiva, restando rimessa al Giudice Nazionale la valutazione circa la natura scarsa o meno della risorsa naturale attribuita in concessione, con conseguente illegittimità di un regime di proroga ex-lege delle concessioni aventi ad oggetto risorse naturali scarse.

3) Che nei limiti in cui il governo italiano fa valere che le proroghe attuate dalla normativa nazionale mirano a consentire ai concessionari di ammortizzare i loro investimenti, occorre precisare che una siffatta disparità di trattamento può essere giustificata da motivi imperativi di interesse generale, in particolare dalla necessità di rispettare il principio della certezza del diritto; in tal senso è stato statuito che il principio della certezza del diritto, nel caso di una concessione attribuita nel 1984, quando non era ancora stato dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo avrebbero potuto essere soggetti a obblighi di trasparenza, esige che la risoluzione di siffatta concessione sia corredata di un periodo transitorio che permetta alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili, in particolare, dal punto di vista economico (v., in tal senso, sentenze del 17/07/2008, ASM Brescia, C-347/06, EU:C:2008:416, punti 70 e 71, nonché del 14/11/2013, Belgacom, C-221/12, EU:C:2013:736, punto 40).

Dopo la sentenza della Corte di Giustizia Europea, sopra riassunta per sommi capi, la giurisprudenza del Consiglio di Stato sull'argomento ha assunto un orientamento più netto, in particolare su due questioni:

- L'illegittimità in via generale di una normativa degli stati interni che preveda la proroga ex-lege della scadenza delle concessioni demaniali marittime;
- L'obbligo di disapplicazione della norma interna in contrasto con l'ordinamento eurounitario, in ossequio alla suddetta pronuncia del 2016 della Corte di Giustizia

Europea. (Consiglio di Stato, Sez. V, del 11/06/2018 n. 3600, Sez. VI del 10/07/2017 n. 3377, Sez. VI del 13/04/2017 n. 1736, Sez. VI del 27/02/2019 n. 1368).

Il Consiglio di Stato, Sezione VI, con la già citata sentenza n. 7874 del 18/11/2019, ha precisato che anche la recente proroga legislativa automatica delle concessioni demaniali in essere fino al 2033, provocata dall'articolo unico, comma 683, della legge del 30 dicembre 2018, n. 145 contrasta con il divieto di proroga generalizzata ex lege di una concessione demaniale marittima, non solo perché detta disposizione rievoca norme nazionali già dichiarate in contrasto con l'ordinamento eurounitario dalla Corte di Giustizia nel 2016 (determinando una giuridicamente improbabile reviviscenza delle stesse) ma, a maggior ragione, dopo il recente intervento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che, nella sentenza 30 gennaio 2018, causa C-360/15 Visser, ha esteso addirittura la platea dei soggetti coinvolti dalla opportunità di pretendere l'assegnazione della concessione demaniale solo all'esito dello svolgimento di una procedura selettiva.”

Le conseguenze evocate dal più alto organo di giustizia amministrativa sono perentorie, come si evince dal proseguo della stessa sentenza: “Occorre poi rammentare, in particolare con riferimento al caso qui in esame, che è ormai principio consolidato in giurisprudenza quello secondo il quale la disapplicazione (*rectius*, non applicazione) della norma nazionale confliggente con il diritto eurounitario, a maggior ragione se tale contrasto è stato accertato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, costituisca un obbligo per lo Stato membro in tutte le sue articolazioni e, quindi, anche per l'apparato amministrativo e per i suoi funzionari, qualora sia chiamato ad applicare la norma interna contrastante con il diritto eurounitario.

Qualora, pertanto, emerga contrasto tra la norma primaria nazionale o regionale e i principi del diritto eurounitario, è fatto obbligo al dirigente che adotta il provvedimento sulla base della norma nazionale (o regionale) di non applicarla (in contrasto con la norma eurounitaria di riferimento), salvo valutare la possibilità di trarre dall'ordinamento sovranazionale una disposizione con efficacia diretta idonea a porre la disciplina della fattispecie concreta (cfr. Consiglio di Stato., Sez. V, 5 marzo 2018, n. 1342).”

In secondo luogo, sancite le predette statuizioni, il Consiglio di Stato passa ad indagare un aspetto molto rilevante per l'orientamento delle Pubbliche Amministrazioni concedenti; attraverso una articolata ricostruzione giuridica sulla natura degli atti amministrativi di proroga delle concessioni demaniali marittime, in applicazione delle più volte citate disposizioni legislative.

La questione era già stata affrontata dai giudici di Palazzo Spada nella sentenza n. 3412, del 06/06/2018, nel senso che il rinnovo automatico della concessione demaniale marittima, provocato da norme di legge, non integra un provvedimento amministrativo a formazione tacita, né abilita l'Ente ad adottare un provvedimento amministrativo a portata costitutiva.

Sulla base di questo assunto, nella sentenza del 2018, si articola il seguente ragionamento: “nello specifico, le disposizioni legislative innanzi citate, con le quali si prevede un rinnovo automatico delle concessioni balneari (o una proroga ex lege delle stesse), non possono essere considerate come fonti legali di un ipotizzato provvedimento amministrativo tacito, ma si sono limitate ad incidere, ex lege, sugli effetti giuridici di provvedimenti amministrativi già emanati, senza la necessità che l'amministrazione eserciti alcun potere e senza alcuna possibilità, pertanto, di configurare la sussistenza di un provvedimento tacito di rinnovo o di proroga che, se emesso, ha natura meramente ricognitiva delle conseguenze previste dalla legge (conseguenze che si producono qualora siano compatibili col diritto europeo)”.

Fino a questo punto possiamo dire che le conclusioni cui approdano i giudici del Consiglio di Stato sono in linea con il contenuto delle precedenti decisioni, però nella successiva sentenza, che qui stiamo esaminando, la stessa sezione V evolve ulteriormente il ragionamento ed affina una chiave di lettura estremamente significativa sulla condizione patologica degli atti amministrativi eventualmente adottati per la proroga delle concessioni.

La conclusione cui giunge il Consiglio di Stato è che per tali atti amministrativi non possa configurarsi una condizione di nullità, per essere stati adottati in assenza di potere ai sensi dell'art.21 septies della legge del 7 agosto 1990, n. 2418, bensì una violazione del diritto eurocomunitario che implica “solo un vizio di illegittimità non diverso da quello che

discende dal contrasto dell'atto amministrativo con il diritto interno, sussistendo di conseguenza l'onere di impugnare il provvedimento contrastante con il diritto europeo dinanzi al giudice amministrativo entro il termine di scadenza, pena l'inoppugnabilità del provvedimento medesimo”.

E come ulteriormente precisato in sentenza, va da sé che “un siffatto atto illegittimo è quindi impugnabile doverosamente entro il termine decadenziale dinanzi al giudice amministrativo, con la conseguenza che, dunque, in assenza di impugnazione e di annullamento da parte del giudice amministrativo, il provvedimento mantiene la sua naturale validità ed efficacia.

Fuori dai tecnicismi giuridici e dalle dispute giurisprudenziali non deve sfuggire la portata di grande spessore di questa statuizione, che offre al funzionario responsabile della P.A. (nel nostro caso dei Comuni) una chiave di lettura autentica, certamente di carattere processuale, ma tale da suscitare inevitabili implicazioni sul piano del legittimo affidamento da parte dei soggetti concessionari ed anche per quanto riguarda il sistema delle responsabilità in capo ai responsabili del procedimento; aspetti questi che cercheremo di puntualizzare meglio nel paragrafo conclusivo.

Di diverso tenore:

- TAR Toscana, Sentenza n. 1327, in data 9/11/2020, che nel respingere un ricorso di alcuni stabilimenti balneari della Versilia, vertente sulla questione dell'indennizzo a seguito dell'incameramento da parte dello Stato dei beni di non facile rimozione e sul riconoscimento del diritto superficario, ha evidenziato la carenza di un interesse attuale proprio sul presupposto che le concessioni demaniali sono state prorogate al 31/12/2033 per effetto dell'art. 1, comma 682, della legge n. 145/2018
- TAR Lecce, sentenze n.1321-1322, in data 27/11/2020, (sentenze gemelle) che nell'affrontare il tema del conflitto della norma nazionale con quella comunitaria, immediatamente efficace ed esecutiva, ha, da un lato, nel solco dell'orientamento giurisprudenziale largamente prevalente, dato atto che il provvedimento amministrativo adottato in conformità alla legge nazionale, ma in violazione di direttiva autoesecutiva o di regolamento U.E., costituisce atto illegittimo e non già atto nullo, con conseguente sua

annullabilità da parte del Giudice Amministrativo (previa disapplicazione della norma nazionale) su eventuale impugnativa proposta dai soggetti aventi legittimazione ed interesse a ricorrere; invece dall'altro lato ha inteso, motivatamente, discostarsi dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e del Consiglio di Stato in ordine all'estensione dell'obbligo di disapplicazione della norma interna "anticomunitaria" oltre che da parte del giudice anche da parte dei funzionari della pubblica amministrazione.

A tale ultimo riguardo, infatti, ad avviso del giudice territoriale, "la statuizione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (che peraltro sembrerebbe «isolata»), con cui si afferma che il principio di dare attuazione alla norma comunitaria disapplicando la norma interna costituirebbe un obbligo dello Stato membro «in tutte le sue articolazioni», ovvero giudice e pubblica amministrazione, non può ritenersi norma dichiarativa di interpretazione autentica della norma comunitaria, perché essa non ha ad oggetto alcuna individuazione della ratio legis di una specifica norma comunitaria, ma attiene invece alle generali regole e modalità di applicazione della normativa unionale in generale considerata, dovendosi riguardare alla stregua di mero «obiter dictum»; a sua volta, l'articolata posizione espressa dalle Sezioni V e VI del Consiglio di Stato nelle richiamate sentenze n.1219/2018 e n.7874/2019 non appare condivisibile quanto all'accennato obbligo posto a carico dell'amministrazione di disapplicare la norma nazionale, ritenendosi viceversa tale attività riservata solo ed esclusivamente al giudice".

- TAR Lecce, Sentenze n. 71, 72, 73, 74 e 75, in data 15/01/2021, (sentenze gemelle).

L'oggetto di queste sentenze è simile rispetto a quella appena citata e quindi il Giudice Amministrativo riprende buona parte delle considerazioni ivi contenute, a motivazione dell'annullamento dei provvedimenti amministrativi, in verità di diversa natura, comunque determinati a respingere le istanze di proroga al 2033 di concessioni demaniali marittime.

Quindi non riporteremo quelle considerazioni già prese in esame afferenti alla natura della violazione della norma eurounionale e del conseguente obbligo di disapplicazione delle norme nazionali in contrasto con essa; però nelle sentenze in esame questi concetti vengono ulteriormente sviluppati ed arricchiti di elementi motivazionali e di analisi del contesto giuridico di riferimento, mediante lo scrutinio delle seguenti questioni:

- a) direttive autoesecutive e legge nazionale; primazia del diritto unionale; legittimità o meno della disapplicazione/violazione della legge nazionale;
- b) concetto di disapplicazione in generale: disapplicazione in senso assoluto e in senso relativo;
- c) natura autoesecutiva o meno della direttiva servizi cd. Bolkestein.

Il TAR evidenzia che la Direttiva autoesecutiva, al pari dei regolamenti dell'UE, deve ritenersi come avente natura di legge ordinaria, ancorché rafforzata, la quale assume efficacia trascorso il termine assegnato allo Stato nazionale per il suo recepimento.

Quindi, "la direttiva autoesecutiva, decorso il termine di moratoria, e sempre limitatamente alle specifiche statuizioni compiute e dettagliate, ovvero a quelle disposizioni che prevedano direttamente specifici obblighi o adempimenti e che non richiedano soprattutto l'esercizio di alcuna discrezionalità da parte del legislatore nazionale (C.G.U.E 25/05/1993, causa 193/91), non richiede alcuna norma nazionale di recepimento, trovando immediata applicazione, con conseguente obbligo del giudice di disapplicazione della normativa nazionale con essa configgente".

In ordine alla disapplicazione il TAR Lecce evidenzia che "risulta illogico rimettere alla soggettiva e personale valutazione del dirigente la qualificazione della direttiva come autoesecutiva o meno, in quanto in tal modo si consentirebbe all'amministrazione di violare la norma di legge nazionale, salvo che nell'ipotesi in cui la natura self executing della direttiva risulti dichiarata con provvedimento giurisdizionale efficace erga omnes.

Diversamente opinando si consentirebbe alla Pubblica Amministrazione e, nella specie, al dirigente comunale, di violare la legge nazionale – che peraltro, per quanto di seguito si dirà, costituisce l'unica legge applicabile nel caso in esame – sulla base di un soggettivo quanto opinabile personale convincimento circa la natura autoesecutiva o meno della direttiva. Pertanto – in via generale dovrebbe nettamente distinguersi la direttiva autoesecutiva dai regolamenti unionali e dagli altri atti immediatamente efficaci nello stato membro, ovvero ritenersi che l'accertamento della natura self executing della direttiva debba essere riservato solo al giudice e che la pubblica amministrazione sia in tal caso

anzitutto tenuta all'osservanza della norma nazionale di certa applicabilità (e, peraltro, nel caso di specie l'unica applicabile”.

Ancora sul punto il TAR ribadisce che la “Pubblica Amministrazione è certamente tenuta ad assicurare la prevalenza della normativa unionale, ove immediatamente applicabile, su quella nazionale, conformando alla prima i propri provvedimenti, dovendo viceversa – nel caso di una direttiva - attenersi all'applicazione della norma nazionale, di certa ed immediata esecutività, non potendosi consentire la violazione della legge certa ed applicabile alla fattispecie, sulla base di un soggettivo quanto opinabile convincimento della natura self executing di una direttiva comunitaria, attraverso una interpretazione abrogante nella specie non consentita”.

La conclusione cui giunge il TAR Lecce, sull'esito della predetta disanima di esegesi delle fonti del diritto, è la seguente:

- la direttiva servizi o Bolkestein non può “qualificarsi come self executing in quanto non possiede i requisiti oggettivi dell' autoesecutività e non è pertanto immediatamente applicabile, in assenza di una normativa nazionale di attuazione”.

1.4 PROVVEDIMENTI AMMINISTRATIVI

La Commissione Europea, con decisione in data 3 Dicembre 2020, ha deliberato di inviare all'Italia una lettera di costituzione in mora in merito alla questione del rinnovo automatico delle concessioni balneari, evidenziato che “gli Stati membri sono tenuti a garantire che le autorizzazioni, il cui numero è limitato per via della scarsità delle risorse naturali (ad esempio le spiagge), siano rilasciate per un periodo limitato e mediante una procedura di selezione aperta, pubblica e basata su criteri non discriminatori, trasparenti e oggettivi. L'obiettivo è fornire a tutti i prestatori di servizi interessati - attuali e futuri - la possibilità di competere per l'accesso a tali risorse limitate, di promuovere l'innovazione e la concorrenza leale e offrire vantaggi ai consumatori e alle imprese, proteggendo nel contempo i cittadini dal rischio di monopolizzazione di tali risorse. In una sentenza del 14 luglio 2016, emessa a seguito di un rinvio pregiudiziale del Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia (cause riunite C-458/14 e C-67/15), la Corte di Giustizia

dell'Unione Europea ha stabilito che la normativa pertinente e la pratica esistente a quel tempo in Italia di prorogare automaticamente le autorizzazioni vigenti delle concessioni balneari erano incompatibili con il diritto dell'Unione. L'Italia non ha attuato la sentenza della Corte. Inoltre l'Italia da allora ha prorogato ulteriormente le autorizzazioni vigenti fino alla fine del 2033 e ha vietato alle autorità locali di avviare o proseguire procedimenti pubblici di selezione per l'assegnazione di concessioni, che altrimenti sarebbero scadute, violando il diritto dell'Unione. La Commissione ritiene che la normativa italiana, oltre a essere incompatibile con il diritto dell'U.E., sia in contrasto con la sostanza della sentenza della C.G.U.E. sopra menzionata e crei incertezza giuridica per i servizi turistici balneari, scoraggi gli investimenti in un settore fondamentale per l'economia italiana e già duramente colpito dalla pandemia di coronavirus, causando nel contempo una perdita di reddito potenzialmente significativa per le autorità locali italiane. L'Italia dispone ora di due mesi per rispondere alle argomentazioni sollevate dalla Commissione, trascorsi i quali la Commissione potrà decidere di inviare un parere motivato.”

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCOM), sulla scorta delle predette pronunce giurisdizionali, ha adottato la delibera di segnalazione n.3940 in data 01/07/2020, in merito a criticità riscontrate in alcune parti del decreto legge n. 34 del 19/05/2020 (Decreto Rilancio), tra cui quelle relative alle disposizioni sopra riportate che attengono al regime delle concessioni demaniali marittime in scadenza.

L'Autorità rappresenta al Governo e al Parlamento che “tali proroghe infatti rinviando ulteriormente il confronto competitivo per il mercato, così impedendo di cogliere i benefici che deriverebbero dalla periodica concorrenza per l'affidamento attraverso procedure ad evidenza pubblica. Provvedimenti tesi a posticipare il confronto concorrenziale dovrebbero, quindi, essere rigorosamente temporanei e direttamente funzionali al superamento dell'emergenza. Eventuali proroghe degli affidamenti non dovrebbero comunque eccedere le reali esigenze delle amministrazioni, per consentire quanto prima il ricorso a strumenti idonei a favorire un utilizzo efficiente delle risorse pubbliche.

La stessa Autorità ha quindi adottato puntuali atti di diffida all'impugnazione di provvedimenti dei Comuni (delibere – determinazioni) volti a dare attuazione alle disposizioni della legge 30/12/2018, n.145.

E' evidente che questi provvedimenti di carattere amministrativo non producono un effetto precettivo nei confronti dei Comuni cui sono attribuite le funzioni amministrative in materia di demanio marittimo, anche se costituiscono pur sempre degli importanti punti di riferimento per l'orientamento dell'azione amministrativa, alla stessa maniera delle pronunce giurisprudenziali, sebbene il nostro ordinamento giuridico non annoveri tali atti tra le fonti del diritto, a differenze di altri Stati che si ispirano al modello anglosassone del *Common Law*.

Da tale contesto ne discenderebbe che gli organi amministrativi sono tenuti, in primis, ad applicare la legge e che, come evidenziato dal TAR Lecce con la citate sentenze n. 1321-1322/2020, ad essi non è attribuita la prerogativa di poter disapplicare le norme di legge in conflitto con altra norma di rango superiore, istituto che invece è tipico nell'azione dei giudici.

La questione è aperta e costituisce il *vulnus* che ha indotto le Amministrazioni locali a comportamenti difformi sull'applicazione della legge del 30/12/2018, n.145.

Su questo aspetto tenderemo di giungere ad una seppur sommaria conclusione al successivo paragrafo 1.6, in quanto prima si rende opportuno sviluppare un ultimo aspetto non marginale, ovvero quello delle procedure comparative regolate dal codice della navigazione.

1.5 COMPARAZIONE DI DOMANDE CONCORRENTI NEL CODICE DELLA NAVIGAZIONE

Altra questione è quella legata al tipo di procedura ad evidenza pubblica da seguire per l'affidamento di una concessione demaniale nel rispetto dei principi comunitari in materia di libera circolazione dei servizi, di *par condicio*, di imparzialità e di trasparenza, derivanti dalla direttiva 123/2016,

Con la sentenza n.7837, del 9/12/2020, il Consiglio di Stato ha sostanzialmente ribadito quanto già statuito quasi quattro anni prima dallo stesso organo con la sentenza n.688, in data 16/02/2017, in ordine ai seguenti aspetti:

- "che non sussiste un obbligo di legge di procedere all'affidamento delle concessioni demaniali marittime nelle forme tipiche della procedura ad evidenza pubblica prevista per i contratti d'appalto della Pubblica Amministrazione, e che l'applicabilità del principio della previa definizione dei criteri di valutazione delle offerte alla stessa materia, perché avente a oggetto beni demaniali economicamente contendibili (Consiglio di Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2013, n. 5), va valutata alla luce della norma speciale di cui all'art. 37 del Codice della navigazione, che non lo prevede.

- che l'assenza di un obbligo per l'Amministrazione di indire una tipica procedura a evidenza pubblica risiede nella fondamentale circostanza che l'art. 37 del Codice della navigazione contempla l'ipotesi di una domanda che perviene dal mercato privato, al contrario dell'ipotesi tipica dei contratti pubblici, in cui è invece l'Amministrazione a rivolgersi a quest'ultimo.

- che la concomitanza di domande di concessione, prevista dall'art. 37, determina già di per sé una situazione concorrenziale che preesiste alla volontà dell'Amministrazione di stipulare un contratto e pertanto non richiede le formalità proprie dell'evidenza pubblica, sicché la fissazione dei criteri in questo caso non assolverebbe alla sua funzione tipica di assicurare un confronto competitivo leale, perché verrebbe fatta quando le proposte di affidamento sono già state presentate.

- che ciò si pone in continuità con l'indirizzo espresso in materia di concessioni del demanio marittimo da questo Consiglio di Stato (VI, 26 giugno 2009, n. 5765), secondo cui gli obblighi di trasparenza, imparzialità e rispetto della par condicio imposti all'amministrazione, anche a livello europeo, sono soddisfatti da un efficace ed effettivo meccanismo pubblicitario preventivo sulle concessioni in scadenza, in vista del loro rinnovo in favore del miglior offerente, e ciò all'evidente fine di stimolare il confronto concorrenziale tra più aspiranti e da un accresciuto onere istruttorio in ambito procedimentale, nonché motivazionale in sede di provvedimento finale, da parte delle

amministrazioni concedenti, rivelatore degli incumbenti adempiuti dall'Amministrazione ai fini di rendere effettivo il confronto delle istanze in comparazione (e quindi anche sul piano degli adempimenti pubblicitari preventivi), e da cui emergano in modo chiaro, alla luce delle emergenze istruttorie, le ragioni ultime della opzione operata in favore del concessionario prescelto, in applicazione del criterio-guida della più proficua utilizzazione del bene per finalità di pubblico interesse”.

Sicuramente merita di essere evidenziato anche il ragionamento sviluppato dall'Alto consesso sul punto in cui censura la decisione del TAR Toscana che aveva riscontrato un profilo di illegittimità nella violazione del principio della segretezza delle offerte e, conseguentemente, della predeterminazione dei criteri valutativi.

Secondo il Consiglio di Stato “ resta infatti del tutto oscuro come il procedimento di rilascio del titolo demaniale marittimo, una volta che se ne sia riconosciuta l'afferenza al modello previsto dal Codice della navigazione, possa essere concretamente improntato alla integrale applicazione di tali principi. In particolare, la pubblicazione ex art. 18 reg. att. dei meri elementi identificativi della domanda di concessione del bene (nome del richiedente, area richiesta in concessione, scopo), renderebbe impossibile la presentazione di osservazioni e opposizioni fondate sull'aspetto progettuale della futura concessione, con la conseguenza di ridurre a un mero simulacro la pubblicazione stessa, e di impedire l'acquisizione da parte amministrativa di elementi conoscitivi utili alla valutazione della reale consistenza della domanda, che la dimensione territoriale della vicenda impone di non trascurare, anche al fine di evitare il loro possibile riflesso nelle vie contenziose amministrative o giurisdizionali. Ancora, se è vero che nulla impedisce di predeterminare i criteri di valutazione precedentemente alla presentazione delle domande, è parimenti vero che questi, calandosi in una fattispecie non «orientata», non possono risultare sufficienti alla reale valutazione delle proposte concorrenti, non potendo che essere, in tesi, del tutto astratti, come dimostrano proprio quelli direttamente adottati nell'avviso pubblico per cui è causa. E allora è evidente che la strada prescelta dal primo giudice comporta non la coniugazione di principi desumibili da due diversi ordinamenti di settore dal medesimo

prospettata, bensì la sostituzione del modello procedimentale del Codice della navigazione con quello regolato dal Codice dei contratti pubblici.”

A corollario della chiave interpretativa fornita dal Consiglio di Stato, si evidenzia che, ai sensi dell'art 37, primo comma, del Codice della Navigazione, nel caso di più domande di concessione, è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'Amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico, mentre, ai sensi del successivo secondo comma, al fine della tutela dell' ambiente costiero, per il rilascio di nuove concessioni demaniali marittime per attività turistico-ricreative, è data preferenza alle richieste che importino attrezzature non fisse e completamente amovibili.,

Con l'abrogazione dell'ultimo periodo di questo secondo comma che prevedeva un diritto di preferenza per i concessionari uscenti, intervenuta, come già evidenziato con il decreto legge del 30/12/2009, n.194 (decreto milleproroghe), è venuto meno, per questa fattispecie, il c.d. diritto di insistenza, lasciando il campo delle tutele per gli attuali concessionari al più controverso istituto giuridico del legittimo affidamento.

Le modalità della procedura comparativa sono contenute all'art 18 del regolamento di attuazione del Codice della Navigazione (DPR n.328/1952) secondo uno schema che, come evidenziato dal Consiglio di Stato, promana dall'avvenuta presentazione da parte del privato di una domanda per l'ottenimento in concessione del bene demaniale e dalla conseguente apertura di una procedura ad evidenza pubblica, mediante la successiva pubblicazione della domanda con attribuzione di un termine per la presentazione di osservazioni o di opposizioni o di domande concorrenti che l'autorità decidente ha l'obbligo di valutare, dandone conto nella motivazione del provvedimento finale.

1.6 CONSIDERAZIONI FINALI

Il rebus delle concessioni demaniali marittime assomiglia ad un Cubo di Rubik, tante sono le variabili in campo, ed ancora mentre scriviamo si susseguono altre pronunce in sede giurisdizionale e provvedimenti di natura amministrativa, come gli atti di diffida inviati dalla

Regione Sardegna (legislazione speciale) ad alcuni comuni costieri, prodronici alla nomina di commissari *ad acta* per l'applicazione della proroga delle concessioni al 2033.

Nell'ambito di questo contesto in continua evoluzione, anche perché ancora troppo a ridosso dal termine di scadenza delle concessioni demaniali marittime, proviamo a trarre un minimo di conclusioni.

E' un dato di fatto che il governo italiano dovrà a breve dare una risposta alla Commissione Europea a giustificazione della proroga delle concessioni demaniali marittime del 2033 e del successivo provvedimento legislativo di sospensione delle procedure in ragione della situazione epidemiologica;

Il Parlamento è chiamato a trovare, in tempi brevi, una soluzione che, salvo sconfessare quanto legiferato con la legge di bilancio 2019, cosa che avrebbe drastiche conseguenze sull'esito delle concessioni prorogate, in qualche modo superi il fattore ostativo di una proroga generalizzata ed automatica.

La risposta sembra essere allocata nel rapporto tra la tutela dell'interesse pubblico e le rivendicazioni dalle categorie imprenditoriali, mentre le parole chiave potrebbero essere quelle della valorizzazione degli investimenti, effettuati o da effettuare, della condivisione di piani di valorizzazione ambientale e di tutela del patrimonio pubblico.

Fino all'avvento di una soluzione parlamentare strutturata in maniera tale da non costituire infrazione dei principi eurocomunitari, i rappresentanti legali delle amministrazioni comunali dovranno continuare ad operare con la consueta capacità di discernimento compresi tra l'obbligo di dare applicazione ad una legge dello Stato ed il rispetto dei vincoli della direttiva Bolkestein, alla luce degli ammonimenti della Corte di Giustizia Europea e della più autorevole giurisprudenza amministrativa interna.

In qualità di Segretario Generale e dirigente del Servizio Demanio del Comune di Camaiore, secondo per abitanti dei comuni della Versilia, ho optato per il rilascio di un atto di carattere ricognitivo rispetto a quanto disposto, ipso iure, dalla legge n.145 del 30/12/2018, sulla base delle seguenti considerazioni:

- La constatazione, per certi versi riconosciuta dallo stesso Consiglio di Stato, che la proroga delle concessioni demaniali marittime in scadenza è stata disposta ex lege da una

specifica disposizione di normazione primaria, senza che necessiti di un atto amministrativo di carattere costitutivo.

- La considerazione che per un siffatto atto di natura ricognitiva, mirato soprattutto alla verifica della permanenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi e di quelli ulteriormente previsti dal Decreto Rilancio, non si palesava, in ogni caso, un difetto di nullità, essendo lo stesso eventualmente suscettibile di un vizio di illegittimità, opponibile con gli ordinari rimedi della Giustizia Amministrativa.

Sul piano delle responsabilità, ferme restando le considerazioni fatte in precedenza, bisogna muovere dalla premessa che, ai sensi dell'art. 2 della legge n.241 del 7/08/1990, le Pubbliche Amministrazioni hanno il dovere di concludere il procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso, anche nel caso in cui ritengono che la domanda sia irricevibile, inammissibile o improcedibile.

Quindi, anche ammettendo che la proroga ex lege del termine di scadenza delle concessioni, in quanto tali, renda non procedibile un'istanza formulata dagli interessati in tal senso, ciò non esime il Comune concedente dal dover rilasciare, comunque, un provvedimento espresso.

Dalla mancata o ritardata adozione del provvedimento, oltre alla responsabilità di cui al successivo art.2-bis della stessa legge n.241/1990, possono emergere anche profili di responsabilità penale e disciplinare a carico del dirigente competente.

E' chiaro, inoltre, che l'adozione di un eventuale provvedimento negativo deve essere preceduta dalla comunicazione di cui all'art.10-bis della stessa legge n.241/1990 e che il provvedimento definitivo di diniego potrebbe esporre il dirigente che lo ha emanato alle conseguenze dell'azione di risarcimento del danno da parte dei soggetti interessati, in termini di rivalsa ad opera dell'Ente o di danno erariale; in tale circostanza, però, è altrettanto vero che, stante la complessità e l'incertezza del quadro normativo e giurisprudenziale non dovrebbero configurarsi gli estremi per la colpa grave, con le implicazioni che tutti conosciamo.

Per le stesse ragioni si deve ritenere che il presupposto della colpa grave non ricorra nell'ipotesi di rilascio di un provvedimento di tenore positivo (peraltro avente carattere

ricognitivo e non costitutivo), specie alla luce delle predette considerazioni del Consiglio di Stato, che non qualificano in termini di nullità un siffatto provvedimento e ne affermano il carattere di un'eventuale annullabilità.

Salvo questa precisazione è evidente che anche dall'emanazione di un provvedimento positivo possono derivare richieste risarcitorie da parte di eventuali controinteressati o degli stessi concessionari, in ragione di un successivo provvedimento di annullamento in sede amministrativa o giurisdizionale.

Consapevoli di questa spada di Damocle che pende sulla testa dei rappresentanti legali delle amministrazioni locali, nel mio Comune abbiamo optato per l'inserimento nel provvedimento ricognitivo di una clausola di salvaguardia rievocativa della situazione giuridica fin qui descritta, sottoscritta dal destinatario della concessione per accettazione.

Mentre stiamo chiudendo questa rassegna ragionata e commentata sulla questione, delle concessioni demaniali marittime, giunge notizia che il Governo Italiano ha predisposto la nota di risposta alla Commissione Europea, dalla quale emergerebbe (in base ad indiscrezioni) una sostanziale conferma dell'attuale legislazione interna, ma anche l'intenzione di intervenire con una riforma organica che ridefinisca gli aspetti giuridici della materia.

La Commissione Europea, entro i successivi 90 giorni, adotterà la decisione definitiva sull'apertura della procedura d'infrazione. In definitiva, qualunque siano stati i provvedimenti fin qui adottati dalle amministrazioni comunali, è evidente che ci troviamo tutti in mezzo ad un guado in attesa dei successivi sviluppi rispetto ai quali ci faremo trovare pronti per la tempestiva pubblicazione on line degli aggiornamenti.

Camaiore, 27 gennaio 2021