

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

di Michele Parenti<sup>(1)</sup>

1.1 Dall'inizio del 2021, purtroppo ancora dominato dall'emergenza pandemica, abbiamo assistito ad uno straordinario proliferare di pronunce giurisprudenziali in materia di proroga delle concessioni del demanio marittimo. E fatto ancora più singolare continua, sullo sfondo della direttiva Bolkstein e della sentenza della Corte di Giustizia Europea del 14/07/2016, l'alternanza di sentenze pro o contro l'applicazione della normativa interna che prevede la proroga automatica delle concessioni al 2033.

Ciò richiede un aggiornamento del mio precedente lavoro, a partire dalla constatazione che non si registrano novità di carattere legislativo, dopo l'inserimento nel decreto rilancio di una disciplina transitoria, e neppure sul piano amministrativo, fatta salva la nota di risposta del governo italiano alla Commissione Europea, dal tenore sostanzialmente interlocutorio, e del parere dell' Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in data 15/02/2021, rilasciato al Comune di Roma, che però riguarda le concessioni di posteggio per il commercio su area pubblica.

2.1.Fuori da questo contesto, o quasi, si colloca la sentenza della Corte Costituzionale n. 10 del 29/01/2021, in materia di ripartizione delle competenze Stato-Regioni nella determinazione dei criteri per il rilascio, rinnovo o proroga di concessioni demaniali marittime.

L'assunto della Corte, in continuità con le precedenti pronunce in materia, è netto: posta la premessa che la disciplina delle *“concessioni su beni demaniali marittimi investe diversi ambiti materiali, attinenti tanto alle competenze legislative statali quanto a quelle regionali”* (quindi in regime di legislazione concorrente) la materia relativa all'affidamento di tali concessioni deve essere ricondotta alla competenza esclusiva statale di cui all'art. 117, secondo comma, lett. e) della Costituzione, in quanto attinente ai principi della libera concorrenza recati dalla normativa statale e dell'Unione Europea.

L'oggetto della sentenza è l'impugnativa da parte del Governo di una legge della Regione Calabria (L.R. n. 46/2019) che apporta modificazioni alla precedente normativa regionale che consentiva ai comuni, durante il periodo di salvaguardia, nelle more dell'approvazione dei PCS (piani comunali di spiaggia), di rilasciare concessioni demaniali di carattere stagionale; le modifiche introdotte dalla legge regionale consistono nel consentire la disciplina in deroga non solo per il rilascio di concessioni ma anche per il rinnovo delle stesse ed ancora nella sostituzione dell'oggetto della deroga da *“concessioni demaniali stagionali”* ad una fattispecie più ampia definita *“concessioni demaniali pluriennali di natura stagionale”*,

Secondo la Corte Costituzionale la Legge della Regione Calabria ha introdotto, nell'ambito di una disciplina di carattere transitorio valida nelle more dell'adozione di un organico piano di spiaggia da parte dei comuni, la possibilità di una *“proroga sostanzialmente automatica”* delle precedenti

---

<sup>(1)</sup> Michele Parenti è Segretario Generale al Comune di Camaiore e dirigente del Servizio Demanio presso lo stesso Ente.

concessioni, mediante l'abolizione del limite della stagionalità previsto dalla previgente normativa regionale, a vantaggio di una rinnovo pluriennale delle concessioni, evidenziando peraltro che si tratterebbe della *“possibilità del rilascio (o del rinnovo) di tali concessioni per periodi del tutto indeterminati in favore di un unico titolare, che risulterebbe così ingiustificatamente privilegiato rispetto a ogni altro possibile interessato, in violazione - anche in questo caso - dei principi di tutela della concorrenza”*.

Sotto tale profilo, che in verità costituisce il limite costituzionale della legislazione regionale, la Corte Costituzionale ribadisce che *“sono state, in particolare, ritenute invasive di tale competenza esclusiva discipline regionali che prevedevano meccanismi di proroga o rinnovo automatico delle concessioni (ad esempio, sentenze n. 1 del 2019 e n. 171 del 2013), una durata eccessiva del rapporto concessorio (così ancora la sentenza n. 1 del 2019, nonché la sentenza n. 109 del 2018), o l'attribuzione di una preferenza al concessionario uscente in sede di rinnovo (sentenze n. 221 del 2018 e n. 40 del 2017).”*

Ancora più netto ed incisivo risulta il limite di demarcazione tracciato nella sentenza tra la normativa statale e quella regionale, nel senso che solo la prima è legittimata ad intervenire sulla disciplina relativa al rilascio od al rinnovo delle concessioni, cosicché la pronuncia dell'organo costituzionale si chiude con la statuizione secondo cui anche *“il prolungamento della durata delle concessioni esistenti al 30 dicembre 2018 per quindici anni dalla data di entrata in vigore della legge n. 145 del 2018, non può d'altra parte legittimare le Regioni a dettare discipline che ad essa si sovrappongono, in un ambito riservato alla competenza esclusiva dello Stato”*.

In definitiva, mentre il monito al legislatore regionale sui limiti della propria competenza risulta chiaro, alcuni elementi di riflessione si pongono per quanto riguarda i profili di legittimità costituzionale della normativa statale in materia di rilascio o rinnovo delle concessioni e, ci verrebbe da dire, fino al vaglio della proroga automatica delle stesse.

Un'ultima considerazione: è vero che il sindacato di legittimità costituzionale non si estende, e non poteva essere altrimenti per l'ambito oggettivo del giudicato, agli effetti della L. n. 145/2018, anche se dal ragionamento sviluppato dai giudici della Consulta, mentre emerge una netta censura riguardo a tutte le discipline regionali che prevedono meccanismi di proroga o rinnovo automatico delle concessioni demaniali marittime, sottraendo esse stesse alle procedure di evidenza pubblica, in violazione dei principi della libera concorrenza stabiliti nella normativa statale e dell'Unione Europea, per quanto concerne l'analoga disciplina contenuta nella legge statale (alla quale correttamente si attribuisce l'effetto del prolungamento della durata delle concessioni) questa trova una sua diversa collocazione in un ambito caratterizzato dalla necessità di una generale revisione del sistema delle concessioni marittime ad opera di un successivo DPCM.

3.1. La sentenza del Consiglio di Stato n. 1416, in data 16/02/2021, si colloca nel solco delle precedenti sentenze richiamate nella prima parte di questo lavoro, tutte tese ad affermare la necessità di una procedura di evidenza pubblica per l'assegnazione delle concessioni demaniali marittime, in conformità alla normativa e alla giurisprudenza eurounitaria, cui si aggiunge, in questo caso, anche il riferimento alla disciplina dell'art. 8 della L.R. Puglia n. 17/2015, nella parte in cui si prevede che il rilascio e la variazione di una concessione abbia luogo nel rispetto del Piano comunale delle Coste (PCC) del Codice della Navigazione e relativo regolamento e delle Direttive comunitarie e delle leggi statali e regolamenti in materia

I giudici di Palazzo Spada ribadiscono che il mancato ricorso a procedure di selezione aperta, pubblica e trasparente tra gli operatori economici interessati, determina un ostacolo di ingresso di nuovi soggetti sul mercato, in violazione della competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza (art.117, secondo comma, lett. e della Costituzione) e delle Direttive eurounitarie; però in un passaggio della motivazione si rinviene una considerazione che merita di essere evidenziata: che anche qualora la tesi dell'appellante sulla inconferenza direttiva Bolkestein e sull'applicazione del codice della navigazione risultasse fondata, da essa *"nessuna utilità potrebbe ricavare la ricorrente, dovendo la concessione in ogni caso essere rilasciata all'esito di una procedura ad evidenza pubblica (bando di gara) e non sulla base dell'iniziativa del privato, ancorché seguita dal confronto concorrenziale"*.

Sorprende questa inversione di tendenza da parte del Consiglio di Stato rispetto alle precedenti sentenze 7837/2020 e 688/2017, che abbiamo ampiamente commentato nella prima parte, rischia di gettare nell'alveo delle incertezze (già piuttosto pieno) uno dei pochi punti acclarati, ovvero la prevalenza delle norme contenute nel codice della navigazione (lex specialis) rispetto alle norme di carattere generale che disciplinano l'affidamento di lavori, servizi e concessioni da parte della P.A.

L'argomento presenta un rilevante interesse sul piano giuridico ed amministrativo, in quanto laddove venga sancita, o meglio si potrebbe dire confermata, la necessità del ricorso all'evidenza pubblica, si pone, comunque, la questione in ordine alle modalità della procedura da seguire e almeno su questo punto è normale che i comuni reclamino un quadro giuridico certo ed uniforme. Su questo aspetto torneremo più avanti nelle conclusioni.

4.1. A questo punto, tra la metà del mese di gennaio e la fine del mese successivo, sulla specifica questione della proroga ex lege delle concessioni, si registrano ben otto sentenze da parte di TAR, con una netta prevalenza per le pronunce allineate all'orientamento del Consiglio di Stato.

4.2. In controtendenza il TAR Lecce che con sentenza n. 268, del 15/02/2021, replica testualmente l'intera analisi giuridica compiuta nelle precedenti sentenze del 01/02/2021 (155-156 e altre cit.);

4.3. Con sentenza n. 265, in data 29/01/2021, il TAR Campania – sezione staccata di Salerno, affronta in maniera incidentale la questione della proroga delle concessioni demaniali, nel senso che l'oggetto principale su cui si controverte attiene al titolo per il mantenimento su un'area in concessione di manufatti a servizio di un complesso turistico-ricettivo. Quindi, tra le varie questioni affrontate dal Giudice Amministrativo, si inserisce anche quella relativa allo stato giuridico della concessione demaniale e, su questo aspetto, il collegio sposa in pieno la posizione espressa dal Consiglio di Stato con la sentenza 7874/2019, anche sul punto (per noi dirigenti essenziale) dell'obbligo di disapplicazione della normativa interna configgente con la direttiva dell'Unione Europea.

4.4 Di interesse sono anche le successive sentenze del TAR CAMPANIA n. 1217 e 1218, entrambe in data 23/02/2021 (sentenze gemelle), con le quali il Giudice Amministrativo si pronuncia sulla richiesta di *"accertamento dell'illegittimità del silenzio-inadempimento sulla richiesta di presa d'atto della validità della concessione demaniale con scadenza al 31.12.203"*. Nell'accogliere l'istanza dei ricorrenti contro l'inerzia della Pubblica Amministrazione (e non poteva essere altrimenti) i giudici della settima sezione puntualizzano quanto segue:

- che l'Amministrazione comunale *"dovrà considerare, nel provvedere sull'istanza di parte ricorrente, la compatibilità delle norme invocate da parte ricorrente (in particolare, l'art. 1, comma*

682 e comma 683, della Legge Bilancio 2019, 30 dicembre 2018 n. 145) con il diritto dell'Unione Europea, in particolare alla luce dei principi fissati dalla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea 14 luglio 2016, C-458/14;

- che, pertanto, il potere in capo all'Amministrazione non è rigorosamente vincolato, non potendo il Comune limitarsi a «prendere atto» della nuova scadenza legislativa, come preteso da parte ricorrente;

- che, infatti, alla luce dei principi fissati dalla Corte di Giustizia nella predetta sentenza, l'Amministrazione dovrà valutare se la concessione in questione presenti un interesse transfrontaliero certo, tenuto conto in particolare della situazione geografica del bene e del valore economico di tale concessione, nel qual caso la proroga automatica è incompatibile col diritto dell'Unione Europea;”

4.5 Dello stesso tenore la sentenza del TAR Abruzzo – sezione staccata di Pescara - n. 40 in data 03/02/2021. Oltre alla ripetizione delle ragioni e del quadro giurisprudenziale che stanno alla base del giudizio di illegittimità di una proroga ex lege, ovvero generalizzata, delle concessioni demaniali marittime, in questa sentenza viene esaminata anche la condizione delle disposizioni contenute nel decreto rilancio (art 182, c.2, del D.L. n. 34 del 19/05/2020) con la seguente conclusione: *“appare sufficiente osservare che, in ogni caso, ove tale disciplina sia diretta, come appare, a conseguire comunque una proroga di fatto delle concessioni scadute - richiamando infatti anche espressamente l'articolo 1, commi 682 e seguenti, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 - non potrebbe comunque seguire sorte diversa da tale ultima disciplina, e dunque, deve essere anch'essa disapplicata”*,

4.6 Anche il TAR Sicilia - sezione staccata di Catania - con sentenza n. 505, in data 15/02/2021, si allinea sul solco della predetta giurisprudenza confermativa “in toto” della ricostruzione giuridica operata dal Consiglio di Stato con la citata sentenza n. 7478/2019, all'esito di un articolato raffronto con le opposte tesi sostenute dai giudici pugliesi. Ancora sul punto a noi caro concernente l'obbligo di disapplicazione, il TAR Sicilia si affida ad un paragone relativo al contrasto tra fonti del diritto interno: *“anche nell'ipotesi di contrasto tra legge nazionale e regolamento, dovendo il funzionario pubblico attenersi a quanto disposto dalla fonte sovraordinata, cioè alla legge (tanto che, se il funzionario non opera in tal senso, il suo provvedimento, qualora impugnato, viene annullato dal giudice amministrativo o disapplicato da quello ordinario e da quello amministrativo);”* Quindi i giudici amministrativi concludono sul punto nel senso che le *“osservazioni della Corte di Giustizia in ordine all'obbligo di disapplicazione della disciplina nazionale in contrasto con il diritto comunitario, non costituiscono un “obiter dictum”, ma consistono in affermazioni rese in sede di rinvio pregiudiziale e relative alla corretta interpretazione dei Trattati con riferimento al caso deciso, cioè in occasione del puntuale assolvimento dei compiti istituzionali propri di tale organo, con la conseguenza che la relativa pronuncia risulta vincolante”*.

4.7 E finalmente si giunge alla pubblicazione dell'attesa sentenza del Tar Toscana n. 363, in data 08/03/2021; l'enfasi usata non riguarda solo il fatto che si tratta del Tar della “mia” regione e quindi ciò impone qualche valutazione in più, ma anche perché il ricorso è stato presentato dall' Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Agcom) e questo può stare anche a significare che ne arriveranno diversi altri in diverse regioni italiane.

Comunque, anche il Tar Toscana è piuttosto netto nell'affermare che, come fondatamente sostenuto dall'Agcom, *“il Comune avrebbe dovuto disapplicare le disposizioni di proroga*

*automatica delle concessioni demaniali marittime in essere per contrasto alla normativa eurounitaria". Ne consegue, secondo i giudici toscani, che qualora "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. Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2018 n. 1342)". Tali principi, tutti pienamente condivisi dal Collegio, costituiscono ormai stabili acquisizioni della giurisprudenza amministrativa e sono stati di recente unanimemente ribaditi, in cause aventi analogo oggetto"*

La perentorietà delle motivazioni del TAR Toscana sembrano non lasciare margini di incertezza in ordine alla illegittimità dei provvedimenti amministrativi emanati in applicazione della L. 145/2018, ma anche di quelli emanati in applicazione del D.L. 34/2020 (decreto rilancio), limitatamente alla parte in cui viene invocata la suddetta norma che proroga la scadenza delle concessioni al 2033, in conformità a quanto argomentato dal Tar Abruzzo nella sentenza 40/2021 sopra esaminata.

Questa precisazione per dire che, se il contrasto censurato dai giudici amministrativi è quello relativo al divieto di proroga automatica e generalizzata delle concessioni, dovrebbero comunque sfuggire a questa censura le altre disposizioni che prescrivono comportamenti alla P.A. in forza dell'emergenza epidemiologica da Covid 19, relativamente al divieto di avviare o proseguire i procedimenti amministrativi per la devoluzione delle opere non amovibili e per l'espletamento delle procedure di evidenza pubblica in corso per l'assegnazione di aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge.

Tracciata questa linea demarcazione del divieto imposto dalla normativa europea, il Tar della Toscana sviluppa un concetto che avevamo già rivenuto nella prima parte, allorché abbiamo preso in esame la sentenza della Corte di Giustizia Europea in data 14/07/2016 (cfr prima parte par. 1.3); il giudice amministrativo evidenzia che il provvedimento impugnato "non ha in alcun modo ponderato e valutato specifici interessi e situazioni contingenti riguardanti le singole concessioni in scadenza, eventualmente prevedendo puntuali accorgimenti volti a mitigare i possibili effetti economici pregiudizievoli derivanti dal particolare momento storico," limitandosi alla proroga generalizzata delle concessioni. Ed ancora si osserva nella sentenza che "è mancata qualsiasi verifica degli investimenti effettuati e dell'eventuale ammortamento residuo." Si tratta senza dubbio di una precisazione che disegna uno scenario orientato a individuare situazioni in cui è possibile invocare il principio della tutela del legittimo affidamento.

5.1 A conclusione di questo secondo excursus possiamo dire che l'orientamento della giurisprudenza amministrativa, con l'unica eccezione del TAR Lecce, si è pedissequamente allineato con le argomentazioni contenute nella più volte richiamata sentenza del CdS n. 7874/2019. Quindi incombe sui Dirigenti dei Comuni (indipendentemente dalle deliberazioni di Giunta o di Consiglio) l'obbligo di disapplicare le normative statali che prevedono una proroga generalizzata delle concessioni demaniali e, secondo la ricostruzione dei giudici della legittimità, il contrasto con le direttive autoesecutive dell'Unione Europea interessa tanto il comma 682 e segg. dell'art. 1 della Legge 145/2018 (Legge di bilancio 2019), quanto l'art. 182, comma 2, del D.L. n. 34/2020 (decreto rilancio), con il distinguo per quanto riguarda l'applicazione di questa norma appena sopra evidenziati

Dal quadro giurisprudenziale fin qui tracciato emerge anche la sostanziale infondatezza di soluzioni volte a mitigare l'impatto delle proroghe mediante la previsione di un termine più breve; alcuni comuni hanno previsto tre anni, mentre altri sono ricorsi all'escamotage di una proroga tecnica di un anno.

Il convincimento generalizzato della dottrina, delle parti sociali e anche della politica è che la soluzione di questo intrigato rebus spetti, giuoco forza, al Parlamento italiano che deve dirimere il contrasto della propria legislazione con le disposizioni della direttiva Bolkestein o, in alternativa, al Parlamento europeo mediante una revisione del Trattato.

5.2 Alle Pubbliche Amministrazioni ed in particolare ai comuni spetta, invece, il compito di gestire una difficile fase di transizione, dalla durata incerta, durante la quale effettuare una navigazione a vista in mezzo alle insidie dell'esercizio dell'obbligo di annullamento in autotutela dei provvedimenti illegittimi, della necessaria indizione di procedure ad evidenza pubblica e delle azioni conseguenti alla scadenza delle concessioni in essere, come quelle relative all'incameramento dei beni di difficile rimozione.

L'opinione di chi scrive è che, intanto, non convince la frettolosa assimilazione delle contestate disposizioni di cui alla L. 145/2018, che producono senza dubbio l'effetto di una proroga ex lege, e quindi generalizzata, del termine di scadenza delle concessioni, con il quadro normativo più articolato contenuto nel decreto rilancio. A parte il richiamo fatto, per inciso, alla proroga di quindici anni delle concessioni, la ratio della norma è sicuramente un'altra, legata all'esigenza contingente di contrastare gli effetti della pandemia in corso, come appena interpretato dal tenore della sentenza del Tar Toscana

A questa norma di carattere speciale credo che sia doveroso oltre che prudente attenersi, anche per quanto riguarda l'esercizio del dovere di annullamento d'ufficio degli atti illegittimi, rispetto al quale bisogna anche tenere presente che l'art. 264, comma 1 lett. b, dello stesso decreto rilancio, ha ridotto i termini di tale azione, proprio a tutela della buona fede dei terzi destinatari del provvedimento illegittimo, da 18 mesi a 3 mesi, fermo restando quanto disposto dal comma 2 bis dell'art. 21 nonies della legge n.241/90, relativamente ai provvedimenti annullabili anche successivamente ai predetti termini.

5.3 Un altro aspetto che si ricava in diversi spunti del copioso materiale giurisprudenziale che abbiamo passato in rassegna, è quello già esaminato della applicabilità o meno alle concessioni del demanio marittimo della disciplina contenuta nel codice degli appalti per l'affidamento dei servizi o beni pubblici in concessione.

Come già osservato, almeno su questo punto, sarebbe stato auspicabile, per gli uffici comunali, contare su un orientamento certo e uniforme; comunque, pur essendo d'obbligo usare il condizionale, sarei sicuramente convinto della prevalenza della disciplina contenuta all'art. 37 del Codice della navigazione, salvo che il legislatore italiano non intervenga per riformare le norme del codice della navigazione. per levato quantitativo di concessioni, stante il generalizzato termine di scadenza alla data del 31/12/2020. Penso che non sfugga affatto agli addetti ai lavori la delicatezza di tale questione, anche nella eventuale prospettiva di un contestuale ricorso a procedure di evidenza pubblica per un elevato quantitativo di concessioni, qualora dovesse risultare confermato il generalizzato termine di scadenza alla data del 31/12/2020 (sic!)

5.4 L'ultimo argomento che merita di essere ripreso nelle conclusioni, anche se solo marginalmente, in quanto per la sua complessità esula dall'economia di questo lavoro, è quello relativo alla legittimazione riconosciuta dalla Corte di Giustizia europea e ripresa dal Tar Toscana nella sentenza 363/2021 dell'eventuale rinnovo, non generalizzato, ma puntuale delle concessioni, in presenza di elementi che giustificano una legittima aspettativa da parte del concessionario, come il completo ammortamento degli investimenti resi necessari ed autorizzati dalle autorità competenti. Credo che non sfugga ai destinatari del presente lavoro la differenza in termini giuridici tra il rinnovo di un provvedimento amministrativo o di un contratto, nel qual caso necessita la valutazione di elementi nuovi non presenti nell'atto originario e l'istituto della proroga che, invece, si traduce nella mera posticipazione del termine di scadenza (cfr. CdS, Sez. VI, sent. n. 9302/2003). Nel solco di questa distinzione deve essere collocato il giudizio di illegittimità, ormai acclarato, di una proroga generalizzata delle concessioni demaniali.