

NOTA A CONSIGLIO DI STATO – SEZIONE SESTA,

SENTENZA 3 dicembre 2018, n. 6853

***L'abrogato istituto del rinnovo ex art. 1, comma 2, D.L. 400/1993 della concessione demaniale
turistico-ricettiva: tra rinnovo e proroga.***

Di ANDREA C. ROMANO

Abstract: *A differenza della proroga della concessione, che determina il prolungamento – senza soluzione di continuità – della durata della concessione in essere, il suo rinnovo integra gli estremi di una nuova concessione che si sostituisce alla precedente oramai scaduta, determinando ipso iure la devoluzione a favore dello Stato delle opere non agevolmente rimuovibili realizzate dal concessionario nel periodo d'efficacia della concessione scaduta – fatta poi oggetto di rinnovo – che sono acquisite con effetto legale automatico al demanio statale.*

1. La vicenda in questione prende le mosse dall'appello proposto avverso una sentenza del Tar Abruzzo¹ con la quale si dava atto che: la ditta ricorrente in primo grado risultava concessionaria di uno stabilimento balneare; all'approssimarsi della scadenza delle concessioni in essere la Regione approvava un modello di rinnovo delle concessioni per cui, in sostanza, le concessioni dovevano essere rinnovate automaticamente senza formalità di sorta; l'Agenzia del demanio invece procedeva in data 16/1/2009 alla redazione del verbale di consistenza e del testimoniale di stato con un provvedimento che la ricorrente riteneva illegittimo.

In accoglimento del ricorso per annullamento del privato, il Tar aveva ritenuto l'illegittimità del predetto provvedimento comunale contenente “Verbale di consistenza e testimoniale di stato, preordinato all'acquisizione al demanio dello Stato dell'intero compendio immobiliare eretto” su stabilimento balneare insistente su bene demaniale in concessione. Segnatamente, secondo il Tar, in materia di concessioni demaniali marittime, il principio dell'accessione gratuita di cui all'art. 49 cod. nav., che prevede che le opere non amovibili, costruite sulla zona demaniale, restano acquisite allo Stato, senza alcun compenso o rimborso, non si

¹ Tribunale amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Pescara), sez. I, n. 144/2012, in www.giustizia-amministrativa.it

applica qualora il titolo concessorio preveda forme di rinnovo automatico e preordinato in precedenza rispetto alla data di naturale scadenza della concessione, tanto da configurare una vera e propria proroga, protraendosi il rapporto senza soluzione di continuità”. Trattandosi nella fattispecie, secondo il giudice di prime cure, di vera e propria proroga, più che di rinnovo, il provvedimento preordinato all’acquisizione gratuita doveva quindi ritenersi illegittimo.

2. Occorre, preliminarmente all’esame della sentenza in commento, delineare il succedersi del quadro normativo degli ultimi anni nel settore delle concessioni demaniali turistico-ricettive, sotto la spinta impellente dell’ordinamento euro-unitario.

L’art. 36 del Codice della navigazione (rubricato “Concessione di beni demaniali”) dispone che l’amministrazione marittima², compatibilmente con le esigenze del pubblico uso, può concedere l’occupazione e l’uso, anche esclusivo, di beni demaniali e di zone di mare territoriale per un determinato periodo di tempo. L’art. 37, comma 2, Cod. nav. – sia nella formulazione originaria, sia nella formulazione risultante dalla novella apportata dall’art. 2, comma 2, D.L. 400/1993 – stabiliva un criterio di preferenza per il concessionario uscente in sede di rinnovo delle concessioni (c.d. diritto di insistenza).

Inoltre, l’art. 1, comma 2, D.L. 400/1993, come sostituito dall’art. 10, comma 1, L. 88/2001, ha previsto una durata di sei anni e il cd. rinnovo automatico alla prima scadenza, nonché la possibilità di ottenere il rinnovo a ogni scadenza ulteriore.

La disciplina di cui al combinato disposto degli artt. 37, comma 2, Cod. nav. e 1, comma 2, D.L. 400/1993 consentiva dunque sostanzialmente la costituzione di una concessione tendenzialmente perpetua, in quanto l’imprenditore turistico gestore di uno stabilimento balneare, titolare di una concessione demaniale marittima, poteva automaticamente accedere a periodi di rinnovo e, in caso di procedura selettiva, si vedeva avvantaggiato rispetto agli altri offerenti³.

Tale circostanza determinava il contrasto tra tale disciplina nazionale e il disposto del diritto primario dell’Unione europea (art. 43 TCE, ora art. 49 TFUE⁴).

² L’articolo 105 del Decreto Legislativo n. 112/1998 ha trasferito alle Regioni le funzioni relative al rilascio di 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.

³ Per un’esaustiva disamina dell’argomento si veda il recente articolo di LAGEDER, *La proroga delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea*, in id., pubbl. 24/7/2018.

⁴ Invero la previsione di un diritto di preferenza a favore del concessionario uscente nell’ambito della procedura di attribuzione delle concessioni determina una restrizione alla libertà di stabilimento e comporta, in particolare, discriminazioni in base al luogo di stabilimento dell’operatore economico, rendendo difficile, se non impossibile, l’accesso di qualsiasi altro concorrente alle concessioni in scadenza. All’epoca, infatti, non era ancora scaduto il

Al fine di conformare il dettato dell'art. 37 Cod. nav. alle osservazioni originariamente formulate dalla commissione europea con la procedura d'infrazione n. 2008/4908, il Governo italiano, in un primo momento, ricorreva alla decretazione d'urgenza (con il D.L. 30 settembre 2009, n. 194, convertito dalla L. 26 febbraio 2010, n. 25), abrogando la previsione del cd. diritto di insistenza, ma a tale soppressione sopravviveva il meccanismo del rinnovo automatico contrastante con la sopravvenuta normativa di diritto secondario dell'Unione europea⁵. In seguito a un ulteriore intervento europeo (comunicazione d'infrazione complementare), con l'art. 11, L. 217/2011 (Legge comunitaria 2010), è stato abrogato anche il comma 2 dell'art. 1, D.L. 400/1993, in tema di rinnovo automatico alla scadenza, istituto che deve ritenersi a oggi definitivamente espunto dal nostro ordinamento giuridico.

Dunque, all'epoca dei fatti per cui era causa, il rinnovo automatico era ancora in vigore nel nostro ordinamento, poiché il provvedimento impugnato recava la data del 16/1/2009.

L'art. 49 del codice della navigazione, infine, prevede che "...quando venga a cessare la concessione, le opere non amovibili, costruite sulla zona demaniale, restano acquisite allo Stato, senza alcun compenso o rimborso, salva la facoltà dell'autorità concedente di ordinarne la demolizione, con restituzione del bene demaniale al pristino stato"⁶.

3. Il punto centrale della decisione in commento risiede nella distinzione che opera il Consiglio di Stato tra gli istituti della proroga e del rinnovo.

Sotto un profilo di dogmatica generale il discrimine tra il rinnovo del contratto e la proroga, dal punto di vista strutturale, risiede nella circostanza che, mentre il primo presuppone una rinegoziazione delle condizioni, la proroga si riduce soltanto ad un mero differimento temporale dell'efficacia contrattuale⁷.

termine di adeguamento alla direttiva 2006/123/CE (cd. direttiva Bolkestein), fissata al 28 dicembre 2009, di talché l'ivi contenuta disciplina non era stata assunta a parametro di riferimento.

⁵ L'art. 12, direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno (cd. Bolkestein) cui l'Italia ha dato attuazione per mezzo del D. Lgs. 59/2010, dispone 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 – come nel caso delle concessioni balneari per la limitatezza delle coste sfruttabili –, 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.

⁶ La disposizione in esame – che richiama in pratica l'istituto dell'accessione, di cui all'art. 934 cod. civ (con deroga al principio dell'indennizzo, di cui al successivo art. 936) – è stata più volte interpretata nel senso che l'accessione si verifica "ipso iure", al termine del periodo di concessione.

⁷ Nella Sentenza n. 159 del 20 gennaio 2015 del Consiglio di Stato, viene affermato che, nel caso in cui si sia concretata una complessiva rinegoziazione del preesistente rapporto contrattuale, e sia stato dato atto che tra le parti era stato raggiunto un accordo per il differente oggetto del contratto, il provvedimento conseguente non si configura come una mera proroga del termine finale del precedente contratto, ma come un rinnovo, in cui le parti hanno proceduto a

In un'ottica funzionale, poi, i due istituti si differenziano poiché la proroga determina il prolungamento – senza soluzione di continuità – della durata contrattuale, laddove il rinnovo del contratto integra gli estremi di un nuovo negozio che si sostituisce al precedente, ormai scaduto.

Contrariamente a quanto affermato dal giudice di prime cure, che aveva sostanzialmente assimilato nella fattispecie il regime giuridico del rinnovo ex art. 49 cod. nav. a quello della proroga⁸, il giudice di appello distingue nettamente i due istituti, contrapponendone i relativi effetti.

È stato affermato dalla giurisprudenza amministrativa, in materia di contratti pubblici, che la proroga del contratto è, infatti, per sua natura inidonea ad innovare l'originario equilibrio sinallagmatico del rapporto negoziale. Ed invero, mentre la proroga del termine finale di un appalto pubblico di servizi sposta solo in avanti la scadenza conclusiva del rapporto, il quale resta regolato dalla sua fonte originaria, il rinnovo del contratto comporta una nuova negoziazione tra i medesimi soggetti, ossia un rinnovato esercizio dell'autonomia negoziale⁹. In sostanza, il rinnovo determina un vero e proprio effetto novativo dell'originaria concessione demaniale.

L'errore di giudizio in cui sono incorsi i giudici di prime cure consiste in ciò di aver disatteso il criterio di discriminare fra i due istituti come consolidatosi in giurisprudenza¹⁰, assimilando, in sostanza, il rinnovo ex lege alla proroga della concessione. Vale a dire che, mentre la proroga presuppone la continuazione di un rapporto in corso, il rinnovo incide, rivitalizzandolo, su di un rapporto ormai esaurito: in tale ultima evenienza, si producono gli effetti che la legge e le stesse clausole contrattuali annettono allo spirare fisiologico

rinegoziare il rapporto, giungendo a modificare il contenuto del servizio, eliminando alcune parti, in quanto non più attuali. V. anche Cons. Stato, III, nn. 2682/2012 e 1687/2012.

⁸ La sentenza del Tar Abruzzo n. 144/2012 giustificava, infatti, le proprie conclusioni sulla scorta del fatto che, se il titolo concessorio prevede forme di rinnovo automatico e preordinato in antecedenza rispetto alla data di naturale scadenza della concessione, *tanto da configurare una vera e propria proroga*, il rapporto si protrae senza soluzione di continuità. Su tali premesse il Tar ha dunque ritenuto il rinnovo ex art. 49 cod. nav. quale vera e propria proroga.

⁹ Tale principio è rinvenibile nella recente sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 5 marzo 2018, n. 1337, che richiama espressamente le conformi Cons. St., sez. III, 9 gennaio 2017, n. 25; id., sez. V, 22 giugno 2010, n. 3892; id. 14 maggio 2010, n. 3019, tutte in www.giustizia-amministrativa.it. Pur trattandosi, nella specie, di appalti pubblici, il principio è estensibile alla materia delle concessioni demaniali, sia in virtù dei principi generali dell'ordinamento giuridico data l'identità degli istituti in esame, sia *ratione materiae*, trattandosi di appalti e concessioni.

¹⁰ L'interpretazione cui si fa riferimento ritiene che l'atto di rinnovo si qualifica come una nuova concessione, in quanto la scadenza del termine comporta l'automatica estinzione del rapporto con la conseguenza che l'amministrazione ha il dovere di provvedere al riguardo.

dell'originario rapporto; effetti, tra i quali va annoverato anche quello dato dalla devoluzione al demanio delle opere di non facile rimozione edificate dal concessionario¹¹.

In proposito va ricordato che, secondo parte della giurisprudenza¹², l'accessione ipso iure al demanio statale va applicata anche in caso di rinnovo della concessione stessa, implicando il rinnovo – a differenza della proroga – una nuova concessione in senso proprio, dopo l'estinzione della concessione precedente alla relativa scadenza, con automatica produzione degli effetti, di cui al predetto art. 49 cod. nav. (cfr. in tal senso Cons. St., sez. VI, 26.5.2010, n. 3348; id. 27.4.1995, n. 365 e 5.5.1995, n. 406).

La soluzione indicata non si presta, tuttavia, a generalizzazioni, essendo le pronunce sopra ricordate riferibili a fattispecie di effettiva cessazione del titolo concessorio, o addirittura di realizzazione senza titolo di manufatti in aree demaniali, differenti da altre, in cui il concessionario abbia edificato sul suolo demaniale in base a regolare permesso di costruire e la concessione sia stata rinnovata più volte con istanza – e anche pagamento del canone – prima della relativa scadenza.

4. Tuttavia, a prescindere da tali distinzioni in punto di fatto tra le varie fattispecie, il Consiglio di Stato nella sentenza in commento attribuisce rilievo decisivo alla struttura dell'abrogato istituto di cui all'art. 1, comma 2, D.L. 400/1993, identificandolo *ipso iure* in un vero e proprio rinnovo, nei termini dianzi esposti, e non invece, come aveva fatto il Tar, in una proroga. Ciò, si aggiunge, pur presentando tale fattispecie evidenti elementi di vicinanza con tale ultimo istituto, al di là del nomen iuris, in quanto il rinnovo ex lege, per vero, prescinde dalla verifica di una effettiva rinegoziazione delle condizioni contrattuali inizialmente pattuite.
5. Peraltro, lo stesso Consiglio di Stato, attribuisce valore rilevante nel giungere a tale conclusione alla novella legislativa apportata dall'art. 11 della Legge comunitaria 2010 (i.e. l'abrogazione del rinnovo automatico alla scadenza), osservando come, a seguito di tale intervento legislativo adottato in attuazione della normativa secondaria euro-unitaria (la cd. direttiva Bolkestein), nel nostro ordinamento giuridico l'istituto del rinnovo automatico deve ritenersi non più presente, ed anzi espressamente espunto. In ogni caso a tale osservazione deve attribuirsi rilevanza di natura sistematica e di equilibrio del sistema e non invece valore cogente all'interno del giudizio in questione. Ciò nel senso che l'espunzione dall'ordinamento dell'istituto del rinnovo automatico e tacito delle concessioni demaniali per contrarietà al diritto euro-unitario, ne presuppone una sua incompatibilità comunitaria e conseguente

¹¹ Cfr., in termini, Cons. Stato, sez. VI, 5 maggio 1995, n. 406; Id., sez. VI, 27 aprile 1995, n. 365; Id., sez. VI, 8 aprile 2000, n. 2035, tutti in www.giustizia-amministrativa.it

¹² Cass. Civ., sez. III, 24.3.2004, n. 5842 e sez. I, 5.5.1998, n. 4504.

illegittimità strutturale ed ontologica, ma non anche l'inapplicabilità alla fattispecie, poiché, all'epoca dei fatti (1/6/2009), il rinnovo automatico era ancora vigente.

6. A corollario, conclude il Consiglio di Stato, discende che, decorso il termine di durata, scaduta l'originaria concessione demaniale marittima, si verifica ipso iure, ai sensi dell'art. 49 cod. nav., la devoluzione a favore dello Stato: ossia, sebbene la concessione sia stata rinnovata, le opere non agevolmente rimuovibili realizzate dal concessionario nel periodo d'efficacia della concessione scaduta – fatta poi oggetto di rinnovo – sono acquisite con effetto legale automatico al demanio statale.