

Le concessioni demaniali alla luce delle recenti prospettive di riforma

A cura di Gennaro Dezio

Abstract

Negli ultimi anni non sono mancati contrapposizioni, anche forti, tra fonti comunitarie e fonti interne in materia di beni pubblici e, nello specifico, di uso dei beni appartenenti al demanio marittimo concessi a privati per attività turistico-ricreative. Dopo aver tracciato le linee fondamentali del quadro costituzionale e del panorama normativo di riferimento, relativamente ai beni pubblici ed allo strumento concessorio, il presente lavoro pone l'attenzione sui contrasti tra Istituzioni nazionali ed europee in materia di c.d. diritto di insistenza e sul diritto di rinnovo automatico delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative

Successivamente si analizzerà il disegno di legge di delega al Governo per la revisione e il riordino della normativa relativa alle concessioni demaniali marittime, predisposto da legislatore dopo aver, a lungo, approntato soluzioni emergenziali che rinviavano il problema perché inidonee a risolverlo. Tale disciplina, nelle intenzioni del legislatore, dovrà favorire, nel rispetto ed in attuazione della normativa europea, lo sviluppo e l'innovazione dell'impresa turistico-ricreativa e di innovare il settore balneare.

Parole chiave

beni pubblici, *Bolkenstein*, concessioni demaniali

Sommario

Premessa. - **1.** I beni pubblici. - **2.** Le concessioni balneari: dal contesto normativo alla cd. Direttiva *Bolkestein*. - **3.** La delega per il riordino delle concessioni demaniali.

Premessa

L'analisi del fenomeno considerato non può che prendere le mosse, dall'avvento, nel nostro quadro ordinamentale, della carta costituzionale che, con il trasferimento della sovranità al popolo, prevista all'art.1, ha inteso attribuire allo stesso anche la titolarità dei beni pubblici. Di conseguenza, diversamente dalla fase storica in cui la sovranità era incardinata in capo al monarca che aveva la

potestà di pretendere il perseguimento dei fini da lui ritenuti pubblici e la correttezza della gestione dei beni e dei mezzi, con la Costituzione il sistema delle garanzie diviene estremamente rigido, ancorato alla sovranità popolare e derogabile dal legislatore ordinario per i soli profili non espressamente costituzionalizzati¹. La geometria normativa che è stata delineata all'interno della Costituzione in materia di gestione e tutela del patrimonio pubblico, imperniata sull'art. 42, ha operato una sistematizzazione chiara ed organica del settore. Ed infatti, in Italia, la costituzionalizzazione del diritto di proprietà, con la previsione della sua funzione sociale, si è posta quale prodotto del compromesso tra le diverse forze politiche presenti nell'Assemblea Costituente, che da una parte si facevano promotrici delle istanze fondamentali dello Stato liberale di diritto, dall'altro, assertrici, come già dall'art. 1 Cost., con il riferimento al lavoro, di una lettura di prospettiva sociale delle disposizioni costituzionali. Il riferimento alla funzione sociale del diritto di proprietà è il prodotto una complessa sintesi tra la visione liberista della proprietà, anche in termini di diritto naturale dell'individuo, e la visione socialista, in chiave solidaristica ed egualitaria.

Tale quadro di partenza appare a maggior ragione rilevante se si considera che la proprietà è da considerarsi parametro di riferimento di ogni rapporto (giuridico, sociale, economico), di ogni diritto (di libertà in primo luogo) e di ogni comportamento, posto che il modo di concepire lo stesso, ed in particolare, i suoi limiti, influenza profondamente sia l'organizzazione socio-economica, sia il regime politico² di uno Stato, nella dichiarata prospettiva di assicurare protezione alle basilari necessità umane³. Una visione della proprietà, questa, che la pone quale strumento di «ricchezza» anche a vantaggio di determinate categorie di soggetti deboli⁴ e che sottolinea con chiarezza, il tratto peculiare della funzione sociale che l'art. 42, co. 2, Cost., attribuisce al diritto considerato, anche nell'accezione di dovere di contribuzione a tutela dei soggetti più deboli⁵.

Altresì non può non rilevarsi che, in relazione allo stesso concetto di concetto giuridico della funzione sociale, siano tuttavia emersi orientamenti in forte contrapposizione e che sembrano però

1 BUSCEMA, *Rivista della Corte dei Conti*, n. 3-4 2016, p. 534-555.

2 Ad es. con riferimento alla tutela costituzionale della proprietà in India, sulla scia del modello sudafricano, «si è avvertita la difficoltà di bilanciare la necessità di redistribuzione della terra con la protezione dei diritti di proprietà esistenti» (v., in argomento, BENATTI, *La tutela costituzionale del diritto di proprietà in India: storia e prospettive*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, 1164 ss., ma spec. 1184 ss.).

3 RINALDI, *Proprietà privata, beni pubblici e «beni comuni»*, in www.dirittifondamentali.it, 10/2014.

4 BAUMAN, *Danni collaterali. Diseguaglianze sociali nell'età globale*, Roma-Bari, 2011, ed. Laterza, nel 2005. «Nel 2005 prima che l'uragano Katrina si abbattesse sulle coste della Louisiana, gli abitanti di New Orleans e delle zone circostanti sapevano del suo imminente arrivo ed ebbero il tempo di correre ai ripari. Non tutti però poterono agire di conseguenza e mettersi in salvo. Taluni – e non furono pochi – non riuscirono a racimolare il denaro necessario ad acquistare un biglietto aereo (...). Inoltre, benché i beni di quei poveri che non riuscirono a prendere un aereo o a trovare scampo in un motel fossero forse poca cosa rispetto a quelli dei ricchi, e quindi non altrettanto degni di essere rimpianti, essi rappresentavano per loro tutto ciò che possedevano. Nessuno li avrebbe compensati per la perdita di quei beni, che una volta perduti lo sarebbero stati per sempre, insieme a tutti i risparmi di una vita».

5 BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, 7 ss.

essere stati ricondotti ad unità, grazie a quella mediazione politica che caratterizza la nostra Costituzione, dall'acquisizione oramai pacifica del venir meno di una logica esclusivamente individualistica e del godimento pro sé, in favore di una considerazione, solidaristica ed egualitaria, degli interessi umani a carattere comune e generale. La funzionalizzazione della proprietà, di cui è espressione, ad esempio, negli artt. 35, 42 e 43 Cost., il riferimento all' 'utilità ed all' 'interesse generale, non pone particolari problemi, in ragione del fatto che, a differenza di altre esperienze ordinamentali, la Costituzione annovera il diritto di proprietà tra i diritti fondamentali⁶, ma non ne afferma l'invulnerabilità⁷. Tale assunto non può meravigliare, poiché, come ogni altro diritto fondamentale, anche la proprietà pur essendo un diritto non eliminabile per volontà del Costituente, può essere limitato a determinate condizioni⁸. In una prospettiva analitica, le difficoltà interpretative nell'enucleazione di un adeguato contenuto, caso per caso e di epoca in epoca, per questa complessa e delicata funzione sociale, si manifestano anche per il fatto che essa sconta, così come altre c.d. clausole generali dell'ordinamento, quali, ad esempio, la buona fede, il buon costume e l'ordine pubblico, un elevato grado di indeterminatezza.

Concludendo, può affermarsi che la funzionalizzazione sociale della proprietà ha, da un lato, pacificamente, segnato un'erosione del contenuto del diritto di proprietà, riducendo i poteri riconosciuti ai proprietari e, dall'altro, ha ristretto la sfera riservata alla proprietà individuale, limitando, tra l'altro, gli oggetti rispetto ai quali è configurabile il diritto di proprietà da parte dei privati⁹.

1. I beni pubblici

La Costituzione pur non disponendo né un'espressa definizione dei beni pubblici, né una loro classificazione, ne traccia, tuttavia, importanti punti di riferimento, decisivi per la definire la struttura del sistema. In materia di beni pubblici, un primo punto di riferimento può essere considerato proprio l'art. 42 della Costituzione che specifica la natura pubblica o privata della proprietà e che i beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati. La norma in parola è di fondamentale importanza, innanzitutto perché la diversificazione tra proprietà pubblica e privata, da

6 In tal senso si è espressa la Corte Cost., 22.12.1977, n. 153, in *Giur. costituz.*, 1977, 1469 ss., secondo cui: «la legge riconosce e garantisce la proprietà privata e in particolare aiuta la piccola e media proprietà terriera, alla quale può bensì imporre obblighi e vincoli, ma per il duplice fine del razionale sfruttamento del suolo e del conseguimento di equi rapporti sociali, senza incidere eccessivamente sulla sostanza del diritto di proprietà, a beneficio di altri soggetti privati, pur meritevoli di particolare tutela».

7 Come, invece, diversamente previsto, ad es., nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789 secondo la quale il diritto di proprietà era «inviolabile e sacro»; nonché all'art. 29 dello Statuto Albertino.

8 Al riguardo assume rilievo la ritenuta possibile esistenza di due modelli di proprietà costituzionale: uno delineato dalla Costituzione, ed un altro dalla Corte Costituzionale, in applicazione degli artt. 3 e 42 Cost. Significativa in tal senso la decisione n. 55 del 1968 della Corte Costituzionale, dalla quale parrebbe risultare un rinvigorismento della tutela proprietaria.

9 VASSALLI, *Il diritto di proprietà*, in *Studi giuridici*, II, Milano, 1960, 417 ss.

essa operata, è di peculiare importanza tenuto conto, nelle diverse fasi storico-politiche, dell'intervento dello Stato nell'economia che, mediante strumenti privatistici, opera per il perseguimento dei fini pubblici. Oltretutto, su tale disposizione si fonda la possibilità di prevedere un particolare regime giuridico per la proprietà pubblica e , perciò, indirettamente per tutti i beni di appartenenza alla pubblica amministrazione¹⁰

A tale norma, secondo recenti approdi giurisprudenziali, è necessario affiancare ulteriori disposizioni costituzionali di altrettanta rilevanza. Innanzitutto, gli artt. 2 e 9 Cost. che, in combinato disposto con il citato art. 42, enunciano un principio di tutela della personalità umana «... del suo corretto svolgimento nell'ambito dello Stato sociale, anche con riferimento al "paesaggio", con specifico riferimento non solo ai beni costituenti, per classificazione legislativa codicistica, il demanio e patrimonio oggetto della "proprietà" dello Stato ma anche riguardo quei beni che , indipendentemente da una preventiva individuazione da parte del legislatore, per la loro intrinseca natura o finalizzazione risultino, sulla base di una compiuta interpretazione dell'intero sistema normativo, funzionali al perseguimento e al soddisfacimento degli interessi della collettività» . Sempre a livello costituzionale, secondo questo indirizzo interpretativo, vanno richiamati l'art. 118 Cost. III co. in materia di beni culturali; nonché la riforma del titolo V della Costituzione sulla competenza, concernente sia la tutela, sia la valorizzazione dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali ed ambientali. I beni pubblici vengono, poi, disciplinati anche dal Codice civile, che tenta di classificarli seppur con un taglio formalistico¹¹. Agli artt. 822 e s. si occupa del demanio pubblico e del relativo regime giuridico; dall'art. 826 in poi, prende in considerazione, invece, i beni appartenenti al patrimonio indisponibile e la relativa disciplina¹². La materia è inoltre regolamentata anche da leggi speciali di settore come , ad esempio, il Codice della navigazione di cui al Regio decreto n . 327/1942 e la normativa sui beni e le attività culturali oggi

10 Spesso, in riferimento alle macrocategorie della proprietà pubblica e della proprietà privata , i confini tra i rispettivi regimi giuridici risultano incerti . Il riferimento è specialmente al demanio marittimo che , specie recentemente e per l'influsso degli interventi comunitari, sembra porre diverse questioni di interesse specie in riferimento al regime concessorio e, quindi, all'utilizzo di detti beni, anche a scopo imprenditoriale.

11 RINALDI, *Proprietà privata, beni pubblici e «beni comuni»*, op. cit. p. 25 e ss., in cui l'autore sottolinea che la classificazione dei beni pubblici, poi, tra demaniali e patrimoniali e successivamente , tra patrimoniali indisponibili e patrimoniali disponibili si manifesta incerta, non indicando il codice civile , agli artt. 822 (v. anche art. 28 cod. nav.) e 826 e ss., un criterio sostanziale di differenziazione, tant'è che , secondo una tradizionale impostazione , si può ritenere che detta differenziazione derivi da una diversa considerazione, in termini di «importanza», del bene pubblico. Tale concezione è stata oggetto di critiche in dottrina, stante, da un lato, la lacunosità del regime speciale , dall'altro, l'eterogeneità dei beni rientranti nell'ambito del demanio , tale da non consentire, si ritiene, aprioristiche distinzioni, almeno in senso ontologico. Secondo l'autore è condivisibile l'impostazione che, invece, pone a fondamento della distinzione tra beni demaniali e beni patrimoniali (specialmente indisponibili) un criterio «legislativo formale», nel senso , cioè, detti beni sono diversamente classificati dal legislatore in relazione alle loro differenti caratteristiche indicate dal legislatore stesso.

12 «(...) il regolamento approvato con R. decreto 4.5.1885, n. 3074, per l'esecuzione della legge sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato , introduceva la distinzione tra beni patrimoniali disponibili e patrimoniali indisponibili , dichiarando l'inalienabilità di questi ultimi e sottraendo così al regime del diritto comune un numero notevole di beni appartenenti al patrimonio dello Stato».

inserita nel Codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al d.lgs. n. 42/2004.

Ciò posto, i beni pubblici rappresentano l'insieme delle cose (in senso giuridico), mobili e immobili, appartenenti allo Stato o altra p.a., a titolo dominicale o ad altro titolo, idoneo ad assicurarne la disponibilità ed il godimento, identificabili in base a specifiche caratteristiche fissate dalla legge ovvero in ragione della destinazione ad uno scopo pubblico cui ne viene fatta¹³. La rilevanza dei beni pubblici, intesi quali beni di cui si avvalgono le pubbliche amministrazioni al fine di realizzare scopi e funzioni ad esse affidati¹⁴, è sempre stata distinta da quella dei beni appartenenti a soggetti privati in virtù del vincolo, sussistente in base alla legge, tra il bene medesimo e una specifica utilizzazione per la realizzazione di fini pubblici. Ed infatti l'ordinamento pone un nesso strumentale tra bene pubblico e scopo pubblico, prevedendo, quindi, un particolare regime giuridico che investe il profilo del possibile godimento del bene, quello della sua circolazione giuridica e quello relativo alla sua tutela¹⁵. La tradizionale impostazione in materia di beni pubblici è, altresì, mutata con due sentenze delle sezioni unite della Corte di Cassazione (le nn. 3665 e 3811/2011) da cui è emerso un orientamento nuovo e costituzionalmente orientato rispetto alla natura pubblica e demaniale dei beni, prescindendo dal mero dato dominicale di appartenenza, pubblica e privata, e volto a porre in rilievo proprio il ruolo della Costituzione nell'identificazione dei beni pubblici o demaniali.

Secondo i giudici di legittimità i beni pubblici vanno considerati rispetto alla loro funzione sociale e la loro titolarità va ricondotta allo Stato -collettività e non allo Stato -apparato, il quale assurgerebbe a mero «... ente esponentiale e rappresentativo degli interessi della cittadinanza (collettività) e quale ente preposto alla effettiva realizzazione di questi ultimi». Sulla base di tale orientamento si giunge a ritenere che un bene immobile è da ritenersi bene comune a prescindere dal titolo di proprietà, quando funzionale alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini.

In via generale, i beni pubblici possono essere suddivisi in due sottocategorie:

- a) beni pubblici in senso stretto, che appartengono allo Stato o ad altro ente pubblico;
- b) beni di interesse pubblico, che, pur appartenenti ai privati, sono regolamentati da un regime giuridico derogatorio rispetto a quello di diritto comune, in ragione della peculiare rilevanza riconosciuta agli stessi da parte della collettività.

13 CERULLI IRELLI, *Beni pubblici*, in *Dig. disc. pubbl., sez. pubbl.*, Vol II, Utet, Torino, 1987, p. 273, in cui l'autore tenta di dare una definizione, sia pur di prima approssimazione, che sia la più ampia ed omnicomprensiva, riferendola nel testo anche ai c.d. beni collettivi (in quanto appartenenti, secondo gli stessi criteri, ad una comunità di abitanti).

14 CASSETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 159 s.

15 SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di Diritto Amministrativo*, G. Giappichelli Editore, 2016, pp. 121 e ss.

All'interno della prima categoria, secondo la differenziazione accolta dal Codice civile (art. 822 e ss.), rientrano tanto i beni c.d. demaniali¹⁶ quanto quelli appartenenti al patrimonio indisponibile¹⁷¹⁸. Questi ultimi sono anche definiti beni privati sia pure in titolarità pubblica e si distinguono rispetto ai beni patrimoniali c.d. disponibili, poiché, pur appartenendo a soggetti pubblici, soggiacciono di regola al diritto comune dei privati¹⁹.

Ciò posto, si è rilevato sia che la *ratio* giustificativa di questa specialità è costituita proprio dal nesso di strumentalità tra il bene e i fini istituzionali dell'ente pubblico proprietario, ciò sia quando tale nesso, come accade per i beni pubblici in senso stretto, venga previsto chiaramente dalla legge, ed è quindi diretto, sia quando non previsto espressamente dalla legge, è ricavato, per i beni privati o disponibili, in via ermeneutica dai limiti che il legislatore tratteggia per il loro godimento e per la relativa circolazione giuridica. In tal caso il nesso strumentale è configurato come indiretto perché solo incrementando le poste di bilancio si consente all'ente la realizzazione degli scopi pubblici istituzionali. A differenza di quanto accade con riferimento ai beni pubblici in senso stretto, in questo caso la pubblica amministrazione, non sussistendo un vincolo di legge, può scegliere in via discrezionale l'utilizzazione del bene rispetto ai suoi fini²⁰.

2. Le concessioni balneari: dal contesto normativo alla cd. *Direttiva Bolkestein*

Per quanto concerne il demanio pubblico, l'art. 822 del cod. civ., distingue fra demanio naturale e demanio artificiale, ravvisando la «caratteristica della demanialità nell'uso diretto e immediato del bene da parte dei cittadini, considerando il demanio militare come un demanio anomalo»; oppure, «nella destinazione del bene all'uso pubblico», inteso questo nella più lata accezione, si da comprendervi anche i beni di cui i cittadini fanno uso indiretto e mediato, spettandone l'uso diretto

16 Tali beni sono, tra l'altro, inalienabili, impignorabili, non espropriabili. Non possono formare oggetto di diritti su cosa altrui se non nei limiti previsti da norme di diritto pubblico che li riguardano. Con vari di interventi normativi, primari e secondari, si è proceduto alla c.d. sdemanializzazione, che consente attraverso uno specifico *iter* procedimentale di volta in volta stabilito, di "affrancare" il bene demaniale da tale sua qualità, prodromica alla possibilità di poterlo alienare ovvero espropriare per pubblica utilità o pubblico interesse.

17 Rientrano nel patrimonio indisponibile ai sensi dell'art. 826 c.c., i tutti quei beni, sia immobili sia mobili, appartenenti alle p.a., che non rientrano tra quelli demaniali, poiché destinati «in forza di un atto di volontà amministrativa concretamente attuato, a svolgere un servizio pubblico». L'elencazione codicistica, che non è tassativa vista la clausola generale prevista dall'ultima parte dell'art. 826 c.c. ricomprende: le acque minerali e termali, le cave e le torbiere, le cose di interesse archeologico, paleontologico ed artistico che una volta scoperte, da chiunque ed in qual - siasi modo, entrano a far parte del patrimonio indisponibile dello Stato, nonché la fauna selvatica.

18 PALMA, *Il regime giuridico della proprietà pubblica*, Torino, 1999, spec. 12 ss., in cui l'autore già rileva che: «i beni pubblici in senso stretto, vale a dire quelli demaniali (ed indisponibili), hanno da tempo perso il primato a favore del notevole ampliamento della categoria di quelli patrimoniali».

19 Questi beni, seppure in via generale siano sottoposti al diritto comune, si caratterizzano pur sempre per una disciplina peculiare che il legislatore detta, ad esempio, per quanto concerne il loro godimento e la relativa circolazione giuridica.

20 Per tutti gli altri aspetti, secondo l'orientamento prevalente, la disciplina applicabile torna ad essere quella di diritto comune, con la relativa distinzione, ad es. in materia di tutela, rispetto ai beni propriamente pubblici.

allo Stato nell'interesse della collettività» ; ovvero identificando «i beni demaniali con i beni formanti oggetto immediato di pubblica amministrazione»²¹. A questa distinzione si aggiunge, poi, quella tra demanio necessario o riservato e demanio non riservato o accidentale; i beni del primo genere dovendo necessariamente appartenere allo Stato o ad altri enti pubblici, quelli del secondo genere, invece, potendo appartenere anche ai privati per effetto del procedimento amministrativo di sdemanializzazione.

Il «demanio marittimo»²² presenta rilevanti profili di problematicità, tanto relativi al suo oggetto quanto al suo utilizzo, anche in considerazione della morfologia territoriale del nostro paese. Formano oggetto dello stesso, in base al combinato disposto degli artt. 822 del cod. civ. e dell'art. 28 del cod. nav. i seguenti beni: il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti marittimi (così, l'art. 822 cod. civ.); nonché le «lagune, le foci dei fiumi che sboccano in mare, i bacini di acqua salsa o salmastra che almeno durante una parte dell'anno comunicano liberamente col mare» ed «i canali utilizzabili ad uso pubblico marittimo» (art. 28 cod. nav.), in modo da evitare possibili confusioni con le categorie di beni appartenenti al «demanio idrico». È così emersa una prima significativa distinzione tra «demanio marittimo costiero» e «demanio portuale» e, inoltre, si è reso necessario l'intervento esegetico di dottrina e giurisprudenza al fine di chiarire l'ambiguità di alcune categorie di beni compresi in tale ambito di riferimento. Rispetto all'utilizzazione, attraverso lo strumento concessorio, dei beni del demanio marittimo, ed in particolar modo delle spiagge per ovvi motivi di interesse economico, sono emerse complesse questioni sia in ragione di noti interventi in ambito eurounitario²³ che attengono principalmente ai principi di eguaglianza e di libertà di stabilimento, sia a seguito di comparazione con altri ordinamenti²⁴. La problematica principale è quella relativa all'attualità e all'efficacia del diritto di insistenza, posti gli ormai pacifici e sovraordinati principi di concorrenza e trasparenza, previsti sia per la tutela degli utilizzatori finali (individuabili, ad es., nei consumatori dei lidi), sia degli imprenditori del settore che vogliano accedere al mercato di riferimento (di per sé sensibilmente protetto) in condizioni di parità²⁵.

21 La demanialità non è limitata o limitabile soltanto alla categoria dei beni immobili poiché essa a seconda del bene può inere la sua destinazione «all'uso pubblico» o «a fini di pubblico interesse» o anche la sua «importanza» quale «elemento del patrimonio spirituale della Nazione». Di conseguenza, universalità di mobili quali «le raccolte dei musei, delle pinacoteche, degli archivi e delle biblioteche», costituiscono il c.d. demanio culturale per il loro rilievo storico, culturale e politico.

22 QUERCI, voce Demanio marittimo, in Enc. dir., 92 ss.

23 Ci si riferisce, specialmente, alla nota Direttiva Servizi c.d. *Bolkestein* (Direttiva Ce 123 del "2006)

24 Sul punto giova il riferimento alla, in materia, di Francia e Spagna. «In Francia innanzitutto l'accesso alla spiaggia è libero e gratuito, la spiaggia è infatti un bene pubblico ad uso generale, nel pieno spirito dei principi della rivoluzione francese e in particolare del principio di "égalité"». Più problematica è la vicenda spagnola che pochi punti in comune presenta col caso italiano, in quanto «sono considerate libere e non si rilasciano concessioni su di esse, ma lo svolgimento di attività "ricreativo-turistica" va esercitata fuori dall'area della spiaggia».

25 MONICA, *Le concessioni demaniali marittime in fuga dalla concorrenza*, in Riv. it. dir. pubbl. comun., 2013, 437 ss

L'interesse pubblico cui sono destinati i beni pubblici può realizzarsi anche con un uso particolare dello stesso bene da parte di soggetti, pubblici o privati per i quali viene previsto un certo utilizzo. Tale tipo di utilizzo può fondarsi sulla legge oppure su un atto amministrativo di natura concessoria con il quale può essere escluso l'uso, in maniera assoluta o relativa, del bene pubblico da parte di altri soggetti²⁶.

I titolari della concessione esercitano diritti speciali su beni ed attività generalmente indisponibili ai privati e riservati ai pubblici poteri. In alcuni casi, i concessionari acquisiscono la titolarità di veri e propri diritti di monopolio sui beni che vengono loro conferiti. Ne consegue che chi utilizza, in via particolare, il bene pubblico in base ad un atto di concessione è titolare nei confronti dei terzi di un diritto di esclusione dall'utilizzazione dello stesso bene, diritto tutelabile sia con i mezzi e le azioni proprie del diritto comune, sia con i poteri di autotutela esecutiva. La concessione è infatti caratterizzata dal trasferimento da un ente pubblico ad un soggetto privato di poteri pubblici, ovvero di quelle peculiari situazioni soggettive capaci di produrre atti unilaterali di tipo autoritativo²⁷. Sul punto si sono espresse anche le sezioni unite precisando che «i beni patrimoniali indisponibili, al pari di quelli demaniali, attesa la comune destinazione dalla soddisfazione di interessi pubblici, possono essere attribuiti in godimento a privati soltanto nella forma della concessione amministrativa, la quale, anche quando si configuri come concessione-contratto – vale a dire come combinazione di un negozio unilaterale autoritativo (atto deliberativo) della p.a. e di una convenzione attuativa (contratto) –, implica sempre l'attribuzione dal privato di un diritto condizionato, che può essere unilateralmente soppresso dall'amministrazione stessa con la revoca dell'atto di concessione, in caso di contrasto con il prevalente interesse pubblico, con la conseguenza che, emesso il relativo provvedimento amministrativo, con l'intimazione della restituzione del bene, la posizione del privato stesso degrada ad interesse legittimo ed è suscettibile di tutela davanti al giudice amministrativo e non in sede di giurisdizione ordinaria» (Cass., sez.un., 23 giugno 1993, n. 6950). Il sistema italiano di affidamento delle concessioni demaniali ha da sempre posto problemi di compatibilità con il principio comunitario della libertà di concorrenza all'interno degli Stati membri dell'Unione europea, previsto e disciplinato dagli artt. 101 e seguenti del TFUE. Tuttavia, nella fase storica in cui le spiagge venivano in rilievo sotto l'aspetto bellico-mercantile ovvero quale mero approdo per il commercio e come struttura di difesa militare non sussistevano rilevanti dubbi di compatibilità tra la relativa disciplina concessoria ed il principio della libertà di concorrenza. Ed invero, la stessa previsione di cui all'art. 37, comma 2 cod. nav.,

26 SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di Diritto Amministrativo*, G. Giappichelli Editore, 2016, pp. 121 e ss.

27 DE GIORGI CEZZI, *Le concessioni di beni pubblici e il processo di privatizzazione, Report Annuale -2011- Italia*, in www.ius-publicum.com, 6/2011

recante la previsione di un diritto di insistenza in capo ai titolari di concessioni demaniali marittime, e cioè uno *ius prelationis* di questi, a parità di condizioni, rispetto ad altri aspiranti concessionari, in sede di rinnovo della concessione marittima, non destava alcun profilo di distorsione del fenomeno concorrenziale. Le prime criticità emersero a cavallo tra gli anni 60-70, quando l'affermarsi di un turismo di massa mutò la concezione delle stesse spiagge, considerate, ora, come oggetto di attività economica e fonte di produzione della ricchezza. Sulla base di siffatte premesse una disciplina volta a tutelare esclusivamente i titolari delle concessioni attuali a danno degli altri operatori economici aventi interesse al rilascio della stessa concessione, si poneva in plastica contraddizione con il principio della libertà di concorrenza. Nonostante, nel corso del tempo, il Giudice amministrativo avesse provato ad offrire un'interpretazione comunitariamente orientata della normativa di settore, il contrasto tra principi europei e diritto di insistenza, cui è correlato il diritto al rinnovo automatico delle concessioni in scadenza ex l. n. 10/2001, è stato ritenuto insanabile a seguito dell'emanazione della Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno n. 06/123/CE del 12 dicembre 2006.

La c.d. Direttiva servizi o *Bolkestein*²⁸ è infatti diretta a tratteggiare una geometria normativa di riferimento volta a garantire la libera circolazione dei servizi nel mercato unico, eliminando gli ostacoli “alla libertà di stabilimento dei prestatori negli Stati membri e alla libera circolazione dei servizi tra Stati membri”. Essa prende in considerazione la quasi totalità del settore dei servizi – che movimentano il 65 per cento del PIL europeo –, dal commercio al dettaglio alle attività professionali fino al turismo ed ai servizi ricreativi. Sono invece esclusi i servizi finanziari, i servizi delle agenzie di lavoro interinale ed il gioco d'azzardo. Nello specifico la *Bolkestein* garantisce alle imprese di servizi di la possibilità di stabilirsi in paesi europei diversi da quello di appartenenza, come accade abitualmente, da tempo, per il mercato dei beni. Al fine di perseguire tale scopo prevede semplificazioni nelle regolamentazioni nazionali, l'abolizione degli ostacoli burocratici e la creazione di sportelli unici in ogni paese che facciano da punti di riferimento per tutti le imprese di servizi che volessero operare in un paese europeo. In questa prospettiva il legislatore comunitario ha inteso disciplinare anche le autorizzazioni il cui numero sia limitato “per via della scarsità delle risorse naturali” (62° considerando). In tale considerando, le linee di intervento della Direttiva sono infatti dirette a garantire:

- a) il principio di concorsualità tra gli aspiranti all'utilizzazione economica delle risorse; principio cui fanno da corollario i principi di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza;
- b) l'adeguatezza e la proporzionalità della durata dell'autorizzazione relativamente alla necessità di garantire la remunerazione degli investimenti compiuti dal prestatore, principio cui fanno da

28 Dal nome del Commissario europeo per il mercato interno, *Frits Bolkenstein*.

corollario il divieto di rinnovo automatico e l'esclusione di ragioni di preferenza a favore del prestatore uscente²⁹.

Il citato 62° ha trovato attuazione all'art. 12 ("Selezione tra diversi candidati"), che si riferisce, nello specifico, ai casi in cui il numero di «autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili»³⁰. Secondo la Commissione U.E., considerato che all'art. 12 della Direttiva servizi dovrebbero essere ricondotte anche le concessioni di beni pubblici e ritenendo quindi che le disposizioni della Direttiva servizi fossero incompatibili con il c.d. diritto di insistenza di cui all'art. 37, comma 2°, cod nav., la stessa apriva, ex art. 258 TFUE, la procedura di infrazione comunitaria n. 2008/4908. A giudizio della Commissione infatti la disciplina nazionale risultava incompatibile con gli obblighi di cui all'art. 43 del Trattato di Roma (ora art. 49 TFUE) relativi alla libertà di stabilimento dato che prevedeva il diritto di insistenza in capo al concessionario uscente nelle procedure di affidamento di concessioni demaniali marittime. Inoltre, con nota del 4 agosto 2009 la Direzione generale del mercato interno e dei servizi della Commissione Europea contestava che il c.d. diritto di insistenza fosse contrario, oltre che all'art. 43 TUE, anche all'art. 12 ("Selezione tra diversi candidati") della Direttiva *Bolkestein*. L'art. 37 cod. nav.³¹. non avrebbe garantito una procedura di selezione imparziale e trasparente, in mancanza di adeguata pubblicità sul suo avvio, svolgimento e completamento. Allo stesso modo, a giudizio della Commissione Europea, il rinnovo automatico delle concessioni in scadenza, sarebbe stato contrario al § 2 del medesimo art. 12 Dir. 123/2006/CE. L'ordinamento interno italiano, infatti, prevedeva in favore degli operatori economici già stabiliti sul territorio nazionale privilegi tali da dissuadere o da impedire l'accesso al mercato rilevante di nuovi operatori economici. Da ultima, quindi, emergeva la violazione dell'art. 49 TFUE, che vieta non solo le discriminazioni palesi in base alla cittadinanza, o alla sede per quanto riguarda le società, ma anche

29 «...nel caso in cui il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche, è opportuno prevedere una procedura di selezione tra diversi candidati potenziali, al fine di sviluppare, tramite la libera concorrenza, la qualità e le condizioni di offerta di servizi a disposizione degli utenti. Tale procedura dovrebbe offrire garanzie di trasparenza e di imparzialità e l'autorizzazione così rilasciata non dovrebbe avere una durata eccessiva, non dovrebbe poter essere rinnovata automaticamente o conferire vantaggi al prestatore uscente. In particolare, la durata dell'autorizzazione concessa dovrebbe essere fissata in modo da non restringere o limitare la libera concorrenza al di là di quanto è necessario per garantire l'ammortamento degli investimenti e la remunerazione equa dei capitali investiti. La presente disposizione non dovrebbe ostare a che gli stati membri limitino il numero di autorizzazioni per ragioni diverse dalla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche. Le autorizzazioni in questione dovrebbero comunque ottemperare alle altre disposizioni della presente direttiva relative ai regimi di autorizzazione».

30 Art. 12 ("Selezione tra diversi candidati") della Direttiva n. 2006/123/CE: «1. 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. 2. Nei casi di cui al paragrafo 1 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. 3. Fatti salvi il paragrafo 1 e gli articoli 9 e 10, gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario».

31 Sulla portata dell'art. 37, ante e post riforma, v.: C. di S., sez., V, 21.11.2011, n. 6132; TAR Liguria, sez. I, 24.4.2013, n. 718, in www.lexitalia.it.

quelle, che, sebbene dissimulate, pur basate su altri criteri di distinzione, producano il medesimo effetto³².

In risposta alla procedura di infrazione, Il Governo con l'art. 1, comma 18, d.l. 30 dicembre 2009, n. 194 (Proroga di termini previsti da disposizioni legislative) conv. in legge 26 febbraio 2010, n. 25, abrogò il diritto di insistenza introducendo, tuttavia, un regime transitorio favorevole ai concessionari uscenti, prorogando la durata delle concessioni in essere al 30 dicembre 2009, prima sino al 31 dicembre 2015, poi con l'art. 34-*duodecies* d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 conv. in legge 17 dicembre 2012, n. 221 sino al 31 dicembre 2020.

Pur abrogando il c.d. diritto di insistenza, il provvedimento del Governo, tuttavia, faceva salva la regola del rinnovo automatico delle concessioni demaniali marittime turistico-ricreative, introdotta dall'art. 10 legge n. 88/2001, mantenendo in vigore la norma secondo la quale tali concessioni potessero «avere durata superiore a sei anni e comunque non superiore a venti anni», fermo restando la regola del rinnovo automatico tacito delle stesse³³. Successivamente, con un'ulteriore lettera di messa in mora complementare 2010/2734 del 5 maggio 2010, la Commissione Europea contestava pertanto al Governo Italiano tale decisione poiché riteneva la stessa volta a ripristinare la disciplina che, diversamente, si intendeva abrogare. Si ribadiva l'incompatibilità del rinnovo automatico con i principi in tema di libertà di stabilimento di cui all'art. 49 TFUE e positivizzati nella Direttiva servizi. Secondo il giudizio della Commissione, anche nel caso in cui si ritenesse non applicabile l'art. 12 della Direttiva servizi, le norme che contemplano il rinnovo delle concessioni marittime a favore dell'operatore uscente, «devono essere considerate contrarie al principio della libertà di stabilimento di cui all'art. 49 TFUE». Con l'obiettivo di porre fine alla messa in mora complementare, la c.d. Legge comunitaria 2010 (legge 15 dicembre 2011, n. 217) abrogò il regime di rinnovo automatico³⁴, previsto dalla c.d. legge Baldini.

3. La delega per il riordino delle concessioni demaniali

A fine 2012, come ricordato, nonostante il parere contrario del Governo, è stata operata una proroga delle concessioni demaniali in essere alla data del 30 dicembre 2009 e in scadenza il 31 dicembre 2015 fino al 31 dicembre 2020. Per quanto concerne la legittimità di tale regime transitorio dal

32 Non ricorrendo, tra l'altro, nel caso di specie, alcuna delle ipotesi in presenza de quali sarebbe stato ammesso derogare al principio di libertà di stabilimento agli artt. 51 e 52 TFUE

33 Prevista dall'art. 01, comma 2°, del medesimo d.l. n. 400/1993 conv. in legge n. 494/1993, come novellato dalla ricordata Legge Baldini.

34 È da rilevare che alcune Regioni hanno tentato di procedere alla riforma della disciplina in materia, avendo quale orizzonte comune il rinnovo automatico delle concessioni in scadenza oltre il termine del 31 dicembre 2015. Tali iniziative, una volta sottoposte al giudizio della Corte Costituzionale non ne hanno tuttavia superato il controllo di costituzionalità.

punto di vista costituzionale, la giurisprudenza amministrativa³⁵ ha rilevato che la prima proroga al 2015 coincidesse con la durata minima delle concessioni, costituendo perciò «un'ultima proroga, la cui ragione può essere individuata nella necessità di far rientrare dagli investimenti gli operatori che avevano comunque fatto affidamento sulla precedente legislazione in materia di diritto di insistenza, dando loro il tempo necessario all'ammortamento delle spese sostenute»³⁶. Un argomento decisivo a favore della costituzionalità del regime di proroga è stato poi ricavato, sempre dalla sezione VI del Consiglio di Stato con la sentenza n. 1307 del 17 marzo 2014. Innanzitutto, la pronuncia in esame, quanto alla compatibilità della proroga della durata delle concessioni demaniali marittime con l'art. 12 della Direttiva servizi, ha aderito all'indirizzo maggioritario, inaugurato dal T.A.R. Campania, sezione staccata di Salerno, con la sentenza 27 settembre 2011, n. 1586³⁷, secondo cui tale direttiva non sarebbe self-executing. Rispetto ai profili di costituzionalità si è poi rilevato che la Corte Costituzionale con sentenza 18 luglio 2011, n. 213, dichiarando l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni contenute in leggi regionali, aventi ad oggetto la proroga di concessioni demaniali marittime, ha riconosciuto al comma 1° dell'art. 18 d.l. n. 194/2009 conv. in legge n. 25/2010 «carattere transitorio», in attesa della revisione della legislazione in materia. La finalità del legislatore «è stata, dunque, quella di rispettare gli obblighi comunitari in materia di libera concorrenza e di consentire ai titolari di stabilimenti balneari di completare l'ammortamento degli investimenti nelle more del riordino della materia, da definire in sede di Conferenza Stato-Regioni». Sulla base delle medesime argomentazioni va poi considerata legittima anche la seconda proroga, disposta dal ricordato art. 34-duodecies d.l. n. 179/2012, in considerazione del fatto che il ciclo di vita di uno stabilimento balneare ha una durata non definibile e che gli investimenti compiuti dai concessionari sono particolarmente ingenti.

Di segno opposto, invece, l'orientamento della CGUE che, sul punto, ha rilevato l'illegittimità della proroga generalizzata delle concessioni demaniali marittime, riconoscendo, tuttavia, che è consentito agli Stati membri tenere conto, nello stabilire la procedura di selezione, di motivi imperativi di interesse generale, quali, in particolare, la necessità di tutelare il legittimo affidamento. Secondo la Corte, per quanto concerne l'applicazione della direttiva, spetta al giudice nazionale verificare se le concessioni italiane debbano essere oggetto di un numero limitato di autorizzazioni in ragione della scarsità delle risorse naturali.

35 Cons. St., sez. VI, 16 maggio 2013, n. 2663

36 Secondo i giudici amministrativi, «il legislatore ha effettuato un contemperamento degli interessi coinvolti, operando un adeguamento ai principi comunitari senza pregiudicare gli interessi degli operatori del settore»

37 Rileva il T.A.R. Salerno: «il legislatore, dunque, non attua un "rinnovo" attraverso la previsione di una nuova concessione che si sostituisce alla precedente in via automatica e senza procedura selettiva. Agisce piuttosto sulla concessione in essere, non rinnovando l'atto ma limitandosi ad allungarne il termine di efficacia, così disponendone una mera "proroga". Ciò posto, la disciplina transitoria appare conseguenza «di una scelta ragionevole del legislatore nazionale, finalizzata non all'elusione della disposizione comunitaria ma ad una più efficace attuazione (da realizzarsi attraverso l'emanazione di una completa ed organica regolamentazione nazionale della materia) dei principi da essa affermati, nel contempo consentendo agli attuali concessionari anche l'ammortamento degli investimenti, interesse quest'ultimo, per come si è sopra detto, comunque non estraneo alle valutazioni dell'organo comunitario»

A seguito di tale pronuncia, con il d.l. n. 113 del 2016, convertito dalla Legge 7 agosto 2016, n. 160. (c.d. decreto enti territoriali del 2016), in attesa di un complessivo intervento di riordino della materia, è stata approvata una norma-ponte per prorogare le concessioni.

Successiva è l'approvazione alla Camera³⁸ di un disegno di legge delega, con il quale, nelle intenzioni del legislatore, entro sei mesi a decorrere dall'entrata in vigore della legge il Governo dovrà emanare uno più decreti legislativi di revisione del settore delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali ad uso turistico-ricreativo. La disciplina di prossima emanazione dovrà porsi nel pieno rispetto della normativa europea, con particolare riferimento alle previsioni dell'articolo 12, comma 3, della direttiva *Bolkestein*, che consente agli Stati membri di considerare, nella determinazione delle regole previste per la procedura di selezione del prestatore del servizio, di cautele di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale, conformi al diritto eurounitario.

Il testo del disegno di legge delega prevede che dovranno essere assicurate procedure di selezione caratterizzate da adeguata pubblicità sia nella fase di avvio che in quella di svolgimento, in modo da assicurare imparzialità e trasparenza. Dovranno essere previsti “adeguati limiti minimi e massimi di durata delle concessioni”³⁹, tenendo conto, inoltre, al fine di salvaguardare i livelli occupazionali, della professionalità acquisita nell'esercizio delle attività relative alle concessioni in parola.

Nell'adottare i decreti il Governo dovrà agire nel rispetto del principio del legittimo affidamento, tutelando, per quanto possibile le istanze dei concessionari che hanno compiuto investimenti su quella attività economica, nella convinzione di vedersi prorogata la concessione. La disciplina dovrà essere poi conformata a tutta una serie di ulteriori criteri e i principi direttivi quali : il rispetto della concorrenza, della qualità paesaggistica e sostenibilità ambientale , della libertà di stabilimento , della garanzia dell'esercizio e sviluppo delle attività imprenditoriali nonché del riconoscimento e tutela degli investimenti, dei beni aziendali e del valore commerciale; la riconsiderazione della misura dei canoni concessori, con l'applicazione di valori tabellari, tenendo conto della tipologia dei beni oggetto di concessione; il coordinamento formale e sostanziale delle disposizioni legislative vigenti in materia . Saranno poi previsti criteri premianti per strutture a basso impatto ambientale e per quelle che offrono servizi di fruibilità della infrastruttura e della spiaggia ulteriori rispetto a quelli già previsti per legge a favore delle persone disabili.

38 Disegno di legge C. 4302 Presentato il 15 febbraio 2017 - abbinata con C. 2142, C. 2388, C. 2431, C. 3492

39 Sul punto, gli interventi della giurisprudenza europea e nazionale sulla questione della “durata” minima e massima delle concessioni sono stati limitati ai regimi di proroga o rinnovo e mai sul merito della stessa. Nell'ordinamento nazionale, relativamente ad altri tipi di concessione, le previsioni di durata sono disciplinate in modo molto differente , proprio in ragione della loro importanza e omogeneità . Quindi, al pari di altre concessioni come, ad esempio, quelle autostradali si rinvia al decreto attuativo per l'individuazione di una durata congrua, nel rispetto dei principi comunitari e delle prassi considerate legittime.

La nuova disciplina imporrà ragionevoli limiti minimi e massimi di durata delle concessioni⁴⁰, demandando alle Regioni⁴¹ il compito di specificare, con specifica legge, il numero massimo di concessioni assegnabili al singolo operatore. Saranno inoltre individuate sia le modalità procedurali per, eventualmente, dichiarare la decadenza e la revoca dalle concessioni, sia, in favore dei soggetti privati subentranti, criteri di subentro caratterizzati da congrue forme di garanzia. In attesa dell'applicazione delle nuove regole di assegnazione, verrà individuato un adeguato periodo transitorio per l'applicazione della disciplina di riordino alle concessioni in essere al 31 dicembre 2009 durante il quale si provvederà a disciplinare gli effetti giuridici degli atti di pianificazione territoriale e dei relativi strumenti di programmazione negoziata, stipulati tra le amministrazioni competenti e le associazioni maggiormente rappresentative, su base nazionale, delle imprese del settore, avendo quale obiettivo il miglioramento dell'offerta turistica e la riqualificazione dei beni demaniali. Premesso che, in via generale, la normativa in parola non trova applicazione rispetto alle società ed alle associazioni sportive dilettantistiche e agli enti pubblici preposti a servizio di pubblico interesse, l'eccezione è rappresentata dalla disciplina riguardante i canoni concessori, caratterizzata da un'ampia revisione del relativo sistema di calcolo mediante la classificazione dei beni in un minimo di tre categorie di valenza turistica, superando, oltretutto, i cosiddetti valori dell'Osservatorio immobiliare italiano⁴². Ineludibile si è ritenuta anche la revisione delle norme afferenti alle concessioni ad uso abitativo attraverso la determinazione di criteri di gestione, modalità di rilascio e termini di durata della concessione stabilendo che, nel caso di una pluralità di domande di concessione, venga preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga farne un uso che, secondo l'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico.

In conclusione, aderendo alle tendenze legislative emerse prepotentemente negli ultimi anni, rilevante è anche la previsione di prescrizioni in materia di trasparenza che, da un lato, obbligano i Comuni a rendere pubblici, tramite i propri siti *web*, i dati concernenti l'oggetto delle concessioni e dei relativi canoni e che, dall'altro, prevedono l'obbligo per i concessionari di pubblicizzare tali dati anche sui propri siti Internet⁴³.

40 Dovrebbe essere introdotto un divieto di detenere più di due o tre concessioni per evitare concentrazioni lontane dal modello della piccola impresa.

41 Sono fatte salve le potestà attribuite alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome dai rispettivi statuti speciali e dalle relative norme di attuazione.

42 Si tratta di valori che in molti casi hanno creato un impatto molto pesante per un gran numero di imprese che hanno visto aumentare i canoni del 3.000 per cento

43 http://www.deputatipd.it/files/documenti/233_DelegaRiordinoConcessioniDemaniali.pdf