

La riforma delle concessioni balneari: dai contrasti con il diritto dell'Ue alla disciplina del d.d.l. concorrenza 2021

di Luca Passarini*
18 maggio 2022

Sommario: 1. Introduzione e necessità della riforma. – 2. L'attuale disciplina delle concessioni balneari. – 3. Brevi cenni sull'incompatibilità comunitaria. – 4. La procedura per stabilire la nuova disciplina. – 5. I principi della delega legislativa. – 6. I criteri per le procedure selettive di affidamento. – 7. La disciplina normativa delle future concessioni balneari. – 8. Profili comparatistici nel contesto europeo. – 9. Conclusioni in una prospettiva *de iure condendo*.

1. Introduzione e necessità della riforma

La disciplina delle concessioni balneari (*rectius* concessioni demaniali marittime¹) è stata negli ultimi anni materia di forti contrasti normativi e giurisprudenziali a causa di un difficile coordinamento della legislazione nazionale con la normativa dell'Unione europea. Solamente il 15 febbraio scorso il Consiglio dei ministri ha approvato una proposta emendativa al Disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 (A.S. 2469)² in materia di concessioni demaniali marittime³. Il testo di legge è attualmente all'attenzione del Senato. La proposta di modifica è stata accompagnata nello stesso giorno da una nota stampa diffusa da Palazzo Chigi nella quale si è data comunicazione che l'emendamento è volto a "migliorare la qualità dei servizi con conseguente beneficio per i consumatori, a valorizzare i beni demaniali e, al contempo, a dare certezze al settore, in coerenza con

* Laureando in Giurisprudenza in diritto amministrativo all'Alma Mater Studiorum - Università di Bologna.

¹ La definizione per esteso è concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali con finalità turistico-ricreative che, per brevità, saranno tecnicamente indicate come "concessioni balneari" o "concessioni costiere".

² Il testo dell'emendamento governativo è consultabile su <www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter>.

³ Per beni demaniali si intendono quei beni che appartengono ad un ente pubblico territoriale e che rientrano tra quelli indicati negli artt. 822 e 824 c.c., nonché i beni ad essi assimilabili.

la normativa europea”⁴. In tale occasione si è reso noto che verrà delegato il Governo ad adottare entro sei mesi dall’entrata in vigore del disegno di legge Concorrenza, alcuni decreti legislativi aventi la finalità di aprire il settore alla concorrenza, “nel contempo tenendo in adeguata considerazione le peculiarità del settore”.

L’attuale disciplina delle concessioni balneari si pone infatti in contrasto con la Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno che all’articolo 12, paragrafi 1 e 2 afferma chiaramente come *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*. In tali casi poi *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*. In questo modo, per via giurisprudenziale⁵, sono stati dichiarati incompatibili i provvedimenti di rinnovo o proroga automatica delle concessioni demaniali marittime destinate all’esercizio delle attività turistico-ricreative in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra gli aspiranti, integrando tale situazione una violazione anche dell’art. 49 del T.F.U.E. sulla libertà di stabilimento dei cittadini in uno Stato membro⁶.

Allo stesso modo sul punto è recentemente intervenuto anche il Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria, riconoscendo che “deve essere ribadito il principio secondo cui il diritto dell’Unione impone che il rilascio o il rinnovo delle concessioni demaniali marittime (o lacuali o fluviali) avvenga all’esito di una procedura di evidenza pubblica, con conseguente incompatibilità della disciplina nazionale che prevede la proroga automatica *ex lege* fino al 31 dicembre 2033 delle concessioni in essere. Tale incompatibilità sussiste sia rispetto all’art. 49 TFUE, sia rispetto all’art 12 della c.d. direttiva servizi”⁷. La necessità di riformare il settore delle concessioni balneari è

⁴ Comunicato stampa del Consiglio dei ministri n. 61 del 15 febbraio 2022, consultabile su: <<https://www.governo.it/it/articolo/comunicato-stampa-del-consiglio-dei-ministri-n-61/19143>>.

⁵ La questione è stata già in gran parte affrontata da Corte di giustizia, V sez., 14 luglio 2016, in cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*, consultabile su: <<https://curia.europa.eu>>. In tale occasione la CGUE ha affermato che: 1) l’art. 12 della direttiva 2006/123/CE deve essere interpretato nel senso che essa osta a una misura nazionale 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 (v. punto 57 della motivazione); 2) l’articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo (v. punto 75 dispositivo).

⁶ Lo Stato italiano in più momenti è giunto a prorogare con legge le concessioni demaniali in scadenza (art. 1 del D.L. 194/2009, convertito con modificazioni in L. 25/2010, e art. 24 c. 3-septies del D.L. 113/2016, convertito in L. 160/2016).

⁷ Consiglio di Stato, Ad. Plen., del 9 novembre 2021, n. 17, Pres. Patroni Griffi, Est. Molinaro, p. 14 della motivazione in fatto e diritto. Ugualmente Consiglio di Stato, Ad. Plen., del 9 novembre 2021, n. 18, Pres. Patroni Griffi, Est. Giovagnoli.

dunque oggi ineludibile e si pone come obiettivo fondamentale per evitare procedure di infrazione che potrebbero esporre l'Italia al pagamento di pesanti sanzioni pecuniarie per il mancato rispetto del diritto Ue⁸.

2. L'attuale disciplina delle concessioni balneari

Sulla natura delle concessioni balneari occorre riportare quanto affermato già da tempo in dottrina. La concessione amministrativa per l'uso di beni appartenenti al demanio marittimo assume normalmente la figura della *concessione-contratto*, "tale fattispecie complessa risulta dalla convergenza, da un lato, di un atto unilaterale e autoritativo, ossia la concessione, e dall'altro lato, di una convenzione integrativa del contenuto di questa avente carattere privatistico, cioè di un rapporto contrattuale bilaterale fonte di obblighi e diritti reciproci dell'ente concedente e del privato concessionario"⁹. Un altro Autore ha definito la materia delle concessioni balneari un istituto di "frontiera", dove non si concluderebbe un vero e proprio contratto, ma semmai si tratterebbe di accordi amministrativi, nello specifico di accordi sostitutivi del provvedimento ex art. 11 della legge 241/1990, così da mantenere la disciplina sempre nell'alveo pubblicistico¹⁰.

Nel caso delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative a venire in considerazione come strumento di guadagno offerto dalla Pubblica amministrazione non è il prezzo di una prestazione né il diritto di sfruttare economicamente un singolo servizio avente rilevanza economica. Al contrario degli appalti o delle concessioni di servizi, la Pubblica amministrazione mette a disposizione dei privati concessionari un complesso di beni demaniali che costituiscono uno dei patrimoni naturalistici più rinomati e attrattivi del mondo¹¹. Basti pensare che il giro d'affari stimato del settore si

⁸ Nella Relazione di accompagnamento al disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 sono stati segnalati dei casi di pre-contenzioso attualmente pendenti nei confronti del Governo italiano per violazione delle regole UE sull'apertura dei settori economici alla concorrenza. Il mercato delle assegnazioni di risorse pubbliche "scarse" vede pendenti due casi di pre-contenzioso europeo riguardanti le concessioni demaniali marittime (procedura di infrazione n. 2020/4118, in fase di messa in mora ex art. 258 TFUE). Si ricorda che già con una procedura di infrazione avviata nel 2009, veniva dimostrato come in Italia l'attribuzione delle concessioni balneari si basasse su di un sistema di preferenza per il concessionario uscente, che portava ad un sostanziale rinnovo automatico delle concessioni esistenti (c.d. *diritto di insistenza*), dovendo il Governo di allora reagire con l'abrogazione del 'diritto di insistenza' ex art. 37 cod. nav.

⁹ PELLICANÒ A., *Le concessioni demaniali marittime in Italia alla luce della Direttiva Bolkestein e il principio di concorrenza*, in *Il Diritto Amministrativo*, anno XIV, n. 3, marzo 2022.

¹⁰ Cfr. DIPACE R., *L'incerta natura giuridica delle concessioni demaniali marittime: verso l'erosione della categoria*, in *Diritto e Società*, 3, 2021, p. 435.

¹¹ Sul punto CARAVITA DI TORITTO B., CARLOMAGNO G., *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime*, in *Diritto e Società*, 3, 2021, p. 621. In Italia – 7.600 km di coste e 62 milioni di turisti all'anno – le concessioni marittime assumono una importanza del tutto peculiare. Sulle nostre coste "insistono ben 52.619 concessioni demaniali marittime, delle quali addirittura 11.104 sono relative a stabilimenti balneari, 1.231 a campeggi, circoli sportivi e complessi turistici, mentre le restanti sono distribuite su vari utilizzi, da pesca e acquacoltura a diporto e produttivo"

aggira intorno ai quindici miliardi di euro all'anno, a fronte dei quali l'ammontare dei canoni di concessione supera di poco i cento milioni di euro, il che rende evidente il potenziale maggior introito per le casse pubbliche a seguito di una gestione maggiormente efficiente delle medesime¹². Ed il Supremo consesso della Giustizia amministrativa evidenzia inoltre che a causa del ridotto canone versato all'Amministrazione concedente, il concessionario ha già la possibilità di ricavare, tramite una semplice sub-concessione, un prezzo più elevato rispetto al canone concessorio, che riflette il reale valore economico e l'effettiva valenza turistica del bene.

È da questa considerazione preliminare che l'Adunanza plenaria arriva ad affermare che "pensare che questo settore, così nevralgico per l'economia del Paese, possa essere tenuto al riparo dalle regole delle concorrenze e dell'evidenza pubblica, rappresenta una posizione insostenibile, non solo sul piano costituzionale nazionale, ma soprattutto rispetto ai principi europei a tutela della concorrenza e della libera circolazione"¹³, giacché a giudizio del Consiglio di Stato si tratterebbe in ogni caso di beni demaniali che presentano un interesse transfrontaliero certo, occasionando una serie consistente di profitti e di opportunità di guadagno¹⁴.

3. Brevi cenni sull'incompatibilità comunitaria

La reiterata prassi nostrana della proroga della durata delle concessioni balneari prevista dalla legislazione italiana presenta profili di incompatibilità comunitaria, perché scoraggia gli investimenti in un settore chiave per l'economia italiana. La disciplina nazionale che prevede la proroga *ex lege* delle concessioni demaniali già rilasciate¹⁵ contrasta infatti sia con gli artt. 49 e 56 TFUE sia con l'art. 12 par. 1 e 2 della direttiva 2006/123/CE.

L'Adunanza plenaria – sopra citata – ritiene che l'incompatibilità della legge anti-comunitaria gravi in capo all'apparato amministrativo e comporti la sussistenza di un dovere di non applicazione (tale rappresenta un approdo ormai consolidato nell'ambito della giurisprudenza sia europea sia nazionale¹⁶), ritenendo infatti che "opinare diversamente significherebbe autorizzare la P.A. all'adozione di atti amministrativi illegittimi per violazione del diritto dell'Unione, destinati ad essere annullati in sede giurisdizionale, con grave compromissione del principio di legalità,

¹² Consiglio di Stato, Ad. Plen., del 9 novembre 2021, n. 17, p. 16 della motivazione in fatto e diritto.

¹³ *Idem*.

¹⁴ Se la concessione che presenta un interesse transfrontaliero certo è avvenuta in assenza di procedura competitiva e trasparente si avrà una disparità di trattamento, violando l'art. 49 TFUE.

¹⁵ Per esempi recenti di disciplina di proroga si considerino l'art. 1, commi 682-683, l. n. 145/2018 e l'art. 182, comma 2, d.l. 34/2020.

¹⁶ Il Consiglio di Stato sin dalla sentenza sez. V 6 aprile 1991, n. 452, ha chiarito che tutti i soggetti dell'ordinamento, compresa la PA, riconoscono diritto vincolante le norme comunitarie, non applicando le norme nazionali contrastanti.

oltre che di elementari esigenze di certezza del diritto”. Mentre non rilevano, in senso contrario, neanche le esigenze di tutela dell'affidamento degli attuali concessionari. Quindi si può affermare che l'incompatibilità della disciplina nazionale che ha disposto la proroga *ex lege* delle concessioni demaniali con il diritto dell'Unione produce come effetto, “anche nei casi in cui siano stati adottati formali atti di proroga e nei casi in cui sia intervenuto un giudicato favorevole, il venir meno degli effetti della concessione, in conseguenza della non applicazione della disciplina interna”¹⁷.

In dottrina è stato sottolineato come le due pronunce del Consiglio di Stato abbiano alimentato qualche elemento di criticità, tanto sul piano pratico-applicativo quanto su quello teorico, in “relazione al requisito dell'*interesse transfrontaliero certo* (dove la legislazione nazionale non distingue tra casi certi e non), al *principio dell'effetto diretto verticale inverso* (della Direttiva Bolkestein al fine di consentire all'amministrazione di applicare immediatamente le sue disposizioni nei confronti dei concessionari¹⁸) e, soprattutto, al *mantenimento dell'efficacia delle proroghe* delle concessioni fino al 31 dicembre 2023”¹⁹. Su quest'ultimo profilo, infatti, il Consiglio di Stato, facendo uso del potere di modulazione temporale degli effetti delle proprie sentenze, ha stabilito che le concessioni in essere rimangono comunque valide fino a tale data²⁰.

4. La procedura per stabilire la nuova disciplina

Il disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri e dal Ministro dello sviluppo economico, è teso a conformarsi agli obblighi in materia di concorrenza che l'Italia ha assunto attraverso il Piano Nazionale di ripresa e resilienza (d'ora in poi PNRR), obblighi la cui previsione ha costituito condizione necessaria per l'approvazione del PNRR da parte della Commissione europea e del Consiglio e il cui adempimento è essenziale per ottenere i

¹⁷ Da ultimo Consiglio di Stato, Ad. Plen., del 9 novembre 2021, n. 17, p. 45 della motivazione in fatto e diritto.

¹⁸ La disciplina contenuta nell'art. 12 della direttiva risulta provvista di efficacia diretta, in quanto chiara, precisa e suscettibile di applicazione immediata, in particolare, nel vietare la proroga delle concessioni demaniali. In dottrina si dubita, però, che le norme di una direttiva provvista di efficacia diretta possano essere opposte dallo Stato (effetti diretti verticali inversi), giacché di regola le norme di una direttiva provviste di efficacia diretta possono essere invocate soltanto da parte dei singoli nei confronti dello Stato (principio degli effetti diretti verticali unilaterali), non potendosi imporre obblighi in capo ai singoli in assenza di una disciplina legislativa nazionale che dia attuazione alla direttiva comunitaria.

¹⁹ FERRARO F., *Diritto dell'Unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria?*, in *Diritto e Società*, 3, 2021, p. 361. Sul punto più criticato occorre rilevare come l'interesse transfrontaliero certo richiesto per invocare la violazione del TFUE deve riguardare il singolo atto e non può essere evidentemente riferito a un insieme di situazioni e di rapporti con diversi soggetti.

²⁰ Sul punto v. anche MORBIDELLI G., *Stesse spiagge, stessi concessionari?*, in *Diritto e Società*, 3, 2021, p. 387.

finanziamenti europei. Tra gli altri obiettivi che si è posto il disegno di legge in questione figura quello di “rimuovere le criticità concorrenziali censurate dalle Istituzioni europee in sede di procedure di infrazione, come quella relativa alle concessioni di demanio marittimo a fini turistico-ricreativi”²¹.

Mentre all'articolo 3 del d.d.l. concorrenza 2021 si prevede la disciplina riguardante la concessione delle aree demaniali portuali, le disposizioni concernenti le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative sono state introdotte dal Governo attraverso un emendamento al disegno di legge in questione. Così mediante l'articolo 2-ter, frutto dell'iniziativa emendativa dell'esecutivo di cui si è appena dato conto, verrà delegato il Governo ad adottare entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, uno o più decreti legislativi “*volti a riordinare e semplificare la disciplina in materia di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali, per finalità turistico-ricreative, nonché la disciplina in materia di concessioni per la realizzazione e la gestione di strutture dedicate alla nautica da diporto, ivi inclusi i punti d'ormeggio*”.

La procedura volta all'adozione di tali decreti prevede che essi dovranno essere adottati su proposta del Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili e del Ministro del turismo, di concerto con il Ministro della transizione ecologica, il Ministro dell'economia e delle finanze, il Ministro dello sviluppo economico e il Ministro per gli affari regionali e le autonomie, previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano e dopo il parere del Consiglio di Stato, che dovrà essere reso nel termine di quarantacinque giorni dalla data di trasmissione degli schemi di decreto legislativo, decorso il quale il Governo può comunque procedere. Gli schemi di decreto legislativo saranno successivamente trasmessi alle Camere per l'espressione dei pareri delle Commissioni parlamentari competenti per materia e per i profili finanziari, che si pronunceranno nel termine di trenta giorni dalla data di trasmissione, decorso il quale i decreti legislativi potranno comunque essere adottati (la procedura è indicata in maniera analitica all'art. 2-ter comma tre dell'emendamento al d.d.l. concorrenza, e visto che il testo non è ancora legge l'uso del futuro è oggi d'obbligo).

Al di là della procedura di adozione, è importante concentrare l'attenzione sul fatto che attraverso tali decreti legislativi verranno abrogate tutte le disposizioni incompatibili, e al contempo verrà realizzata una disciplina di coordinamento con le disposizioni attuali non sottoposte ad abrogazione, come viene precisato all'art. 2-ter comma due.

Un ulteriore profilo che richiede la spendita di alcune parole è dato dal comma quattro dell'articolo in questione che prevede la clausola di invarianza (o neutralità finanziaria) prevedendo che dall'attuazione della delega “*non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica*”. Ormai l'affermazione

²¹ Relazione al disegno di legge comunicato alla Presidenza il 3 dicembre 2021, n. 2469, consultabile su: <senato.it>.

ha il significato di una clausola di stile e che lascia alcune incertezze (per esempio in merito a possibili oneri di indennità da riconoscere al concessionario uscente). Questa indicazione può allora essere vista come un vincolo di sostanza per il legislatore delegato a prevedere meccanismi che accollino su altri soggetti (come i concessionari subentranti) e non sulla finanza pubblica tali oneri.

5. I principi della delega legislativa

Non potendo ovviamente essere una delega 'in bianco' perché incostituzionale, per rispettare il dettato dell'articolo 76 della Costituzione, l'esercizio della funzione legislativa viene delegato al governo "con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti". E così è avvenuto anche per la delega in materia di affidamento delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per finalità turistico-ricreative che al secondo comma dell'art. 2-ter dell'emendamento presentato del Governo indica i principi e i criteri direttivi che i decreti legislativi venturi dovranno seguire al fine di esercitare in maniera corretta la delega. Per esempio, per ciò che concerne più propriamente il tema della concorrenza, il Governo dovrà stabilire come principio ordinatore che l'affidamento delle concessioni in questione avvenga sulla base di *procedure selettive* nel rispetto dei principi di imparzialità, non discriminazione, parità di trattamento, massima partecipazione, trasparenza e adeguata pubblicità, da avviare con adeguato anticipo rispetto alla loro scadenza (cfr. comma 2 lett. b). Dunque, qui vengono richiamati tutti i principi che informano il diritto amministrativo, quelli inerenti all'imparzialità e quelli che realizzano l'uguaglianza tra i possibili concorrenti, imponendo al legislatore di svolgere una necessaria predeterminazione legale in tempi equi e rispettosi dei valori in gioco. Non può non notarsi che i principi individuati sono un chiaro richiamo all'art. 12 della direttiva Bolkestein già preso in considerazione. Ma non sono questi gli unici principi per l'affidamento, perché infatti occorrerà anche prestare adeguata considerazione degli *investimenti*, del valore aziendale dell'impresa e dei beni materiali e immateriali, della professionalità acquisita; nonché valorizzare maggiormente gli *obiettivi di politica sociale*, della salute e della sicurezza dei lavoratori, della protezione dell'*ambiente* e della salvaguardia del patrimonio culturale (cfr. comma 2 lett. c). In questo modo sarà necessario giungere a una non immediata sintesi tra i principi economici-produttivi e dall'altra i valori più sociali come la tutela della salute umana e la tutela dell'ambiente circostante che oggi non possono più essere trascurati.

Consci poi del carattere a disponibilità limitata dei beni che saranno oggetto della procedura di affidamento, il Governo sarà chiamato a considerare i casi in cui sia possibile procedere al *frazionamento delle aree demaniali*, così da realizzare più piccoli lotti da affidare in concessione, al fine di favorire la partecipazione di microimprese e piccole imprese che altrimenti sarebbero escluse dal gioco competitivo, con una lesione

del principio di concorrenzialità²² (cfr. comma 2 lett. d). Sempre in un'ottica di maggior garanzia per la collettività, il Governo non sarà chiamato ad esercitare la delega tenendo conto solamente del rispetto della concorrenza, ma dovrà anche garantire la presenza di una serie di *diritti ai consociati*, contemperando le ragioni e le esigenze economiche con una serie di diritti dei bagnanti come il diritto di accesso al mare e di passaggio in spiaggia²³.

6. I criteri per le procedure selettive di affidamento

Attraverso l'emendamento governativo al d.d.l. Concorrenza 2021 sono stati definiti anche i criteri per realizzare una disciplina uniforme delle procedure selettive di affidamento delle cd. concessioni balneari. La disciplina in questione viene sviluppata all'art. 2-ter comma 2 lettera e). Tali criteri sono volti a individuare dapprima i requisiti di ammissione che dovranno favorire la massima partecipazione di imprese, anche di piccole dimensioni, e di enti del terzo settore. La scelta del concessionario dovrà poi, tenere adeguatamente conto della *qualità e delle condizioni del servizio* che l'offerente si propone di offrire agli utenti, tra cui rilevano gli interventi per migliorare l'accessibilità e la fruibilità del demanio ed il minor impatto possibile sul *paesaggio, sull'ambiente e sull'ecosistema* (p. es. si dovranno preferire attrezzature non fisse e amovibili). La tutela dell'ambiente e dell'ecosistema sono precisi richiami alla recente riforma costituzionale che ha ribadito espressamente in Costituzione una serie di limiti all'iniziativa economica privata, anche nell'interesse delle future generazioni (cfr. artt. 9 e 41 Cost., dopo L. cost. 11 febbraio 2022, n. 1).

Ulteriormente, ai fini della scelta del concessionario si dovranno valorizzare *l'esperienza tecnica e professionale* già acquisita in relazione all'attività oggetto di concessione o ad analoghe attività di gestione di beni pubblici, in base a quanto afferma espressamente la norma, applicando i criteri di proporzionalità e di adeguatezza e, comunque, in maniera tale da non precludere l'accesso al settore di nuovi operatori. Per non sfavorire la posizione di quanti hanno già compiuto investimenti economici sarà valorizzata e tenuta debitamente in considerazione la posizione dei soggetti che, nei cinque anni precedenti l'avvio della procedura selettiva, hanno utilizzato la concessione (in via diretta o indiretta) quale prevalente fonte di reddito. Allo stesso modo dovrà essere un criterio guida per la riforma della materia la previsione di *clausole sociali* volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato nell'attività del

²² BARTOLINI A., FANTINI S., *Le ragioni della specialità, principi e storia del diritto amministrativo*, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli editore, 2017, p. 143.

²³ L'esecutivo dovrà dapprima procedere alla determinazione di criteri omogenei per l'individuazione delle aree suscettibili di affidamento in concessione, dovendo allo stesso tempo assicurare un equilibrio tra le aree demaniali in concessione e le aree libere, nonché la presenza di varchi per il libero e gratuito accesso alla battigia, con la previsione di sanzioni nel caso in cui il titolare della concessione ostacoli tale facoltà (cfr. comma 2 lett. a dell'art. 2-ter).

concessionario uscente, dovendo in questo modo approntare una serie di garanzie di politica sociale e di tutela dell'occupazione a presidio di valori che vanno necessariamente bilanciati con il principio della libera concorrenza.

7. La disciplina normativa delle future concessioni balneari

In base ai criteri fissati dalla delega legislativa che il Governo sarà chiamato a seguire nell'adozione e successiva emanazione dei decreti delegati, occorre precisare come sia stato stabilito che la *durata della concessione* oggetto della riforma dovrà essere "per un periodo non superiore a quanto necessario per garantire al concessionario l'ammortamento e l'equa remunerazione degli investimenti autorizzati dall'ente concedente in sede di assegnazione della concessione e comunque da determinarsi in ragione dell'entità e della rilevanza economica delle opere da realizzare con divieto espresso di proroghe e rinnovi anche automatici" (cfr. art. 2-ter comma 2 lett. e) n. 6)²⁴.

Inoltre, i decreti delegati dovranno andare a definire una serie di criteri uniformi per la quantificazione dei *canoni annui della concessione* che tengano conto del pregio naturale e dell'effettiva redditività delle aree demaniali da affidare in concessione. Una quota del canone annuo richiesto per la concessione dovrà essere poi riservata all'ente concedente il quale la dovrà destinare necessariamente a interventi di difesa delle coste e di miglioramento della fruibilità delle aree demaniali libere.

Un ulteriore problema al quale i decreti delegati dovranno porre rimedio consiste nell'apprestare una certa tutela alla *posizione del concessionario uscente* per quanto riguarda il mancato ammortamento degli investimenti realizzati nel corso del rapporto concessorio attuale. Rapporto che, a decorrere dal 31 dicembre 2023, dovrà necessariamente terminare, giacché "tutte le concessioni demaniali in essere dovranno considerarsi prive di effetto, indipendentemente da se vi sia o meno un soggetto subentrante nella concessione" come specifica lapidariamente l'Adunanza plenaria a conclusione della pronuncia pubblicata il 9 novembre 2021²⁵. L'esecutivo sarà dunque

²⁴ Consiglio di Stato, Ad. Plen., del 9 novembre 2021, n. 17, p. 49 della motivazione in fatto e diritto, dove si afferma che: la durata delle concessioni dovrebbe essere limitata e giustificata sulla base di valutazioni tecniche, economiche e finanziarie, al fine di evitare la preclusione dell'accesso al mercato. Al riguardo, sarebbe opportuna l'introduzione a livello normativo di un limite alla durata delle concessioni, che dovrà essere poi in concreto determinata (nell'ambito del tetto normativo) dall'amministrazione aggiudicatrice nel bando di gara in funzione dei servizi richiesti al concessionario. La durata andrebbe commisurata al valore della concessione e alla sua complessità organizzativa e non dovrebbe eccedere il periodo di tempo ragionevolmente necessario al recupero degli investimenti, insieme ad una remunerazione del capitale investito o, per converso, laddove ciò determini una durata eccessiva, si potrà prevedere una scadenza anticipata ponendo a base d'asta il valore, al momento della gara, degli investimenti già effettuati dal concessionario.

²⁵ Cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen., del 9 novembre 2021, n. 18, p. 48 della motivazione in fatto e diritto. Pertanto, l'Adunanza plenaria, consapevole della portata nomofilattica della presente decisione, della necessità di assicurare alle amministrazioni un ragionevole lasso di tempo per intraprendere sin d'ora le operazioni funzionali all'indizione di procedure di gara, nonché degli effetti ad ampio spettro che

chiamato a stabilire una serie di criteri uniformi e a quantificare l'indennizzo che il concessionario subentrante dovrà riconoscere al concessionario uscente comprensivo del mancato ammortamento degli investimenti realizzati e della perdita dell'avviamento connesso ad attività commerciali o di interesse turistico poste in essere. Una forma di indennizzo era in realtà già prevista anche dal Consiglio di Stato nella misura "pari al rimborso di tante quote parti del costo delle opere quanti sono gli anni mancanti al termine di scadenza fissato".

Un'importante previsione, innovativa sul piano del diritto e volta a garantire l'efficacia della disciplina della concorrenza, è quella inserita all'*art. 2-ter comma 2 lett. i)* dell'emendamento in questione, che invita il Governo a definire il numero massimo di concessioni di cui potrà essere titolare, in via diretta o indiretta, uno stesso concessionario a livello comunale, provinciale, regionale o nazionale, prevedendo così una serie di obblighi informativi in capo all'ente concedente in relazione alle concessioni affidate al fine di verificare il rispetto del numero massimo. L'intento è appunto quello di favorire l'accesso delle microimprese e delle piccole imprese alle procedure selettive di affidamento, così da scongiurare che si ripetano casi di concentrazione di più concessioni nello stesso soggetto.

A conclusione della disamina dei principi e dei criteri che dovranno ispirare l'esercizio del potere delegato da parte del Governo nell'approntare la normativa di riordino del settore, è interessante sottolineare come la stessa Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato abbia proposto cautamente, nel rispetto del tradizionale principio di separazione dei poteri, una serie di importanti criteri che il legislatore avrebbe potuto seguire per delineare la disciplina delle future concessioni balneari. Tra questi criteri il giudice amministrativo ha indicato i principi di imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento, tenendo in considerazione allo stesso modo *"la salute pubblica, gli obiettivi di politica sociale e del lavoro, la sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, la protezione dell'ambiente, la salvaguardia del patrimonio culturale e altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario, così come gli standard qualitativi dei servizi e la sostenibilità sociale e ambientale del piano degli investimenti"*²⁶. Criteri che sembrano essere stati accolti con favore nell'emendamento governativo.

Sul tema maggiormente spinoso del legittimo affidamento che si è nel frattempo ingenerato negli attuali titolari di concessioni, affidamento che sarebbe funzionale ad ammortizzare gli investimenti effettuati, occorre ricordare l'intervento della Corte di giustizia che ha sottolineato come *"gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni legate a motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario"*, in questo modo la CGUE non ha

inevitabilmente deriveranno su una moltitudine di rapporti concessori, ritiene che tale intervallo temporale per l'operatività degli effetti della presente decisione possa essere congruamente individuato al 31 dicembre 2023.

²⁶ Consiglio di Stato, Ad. Plen., del 9 novembre 2021, n. 17, p. 49 della motivazione in fatto e diritto.

fatto altro che ribadire testualmente l'art. 12 par. 3 della direttiva 2006/123/CE. È comunque una precisazione opportuna perché si chiarisce definitivamente che si può tenere conto di tali considerazioni “*solo al momento di stabilire le regole della procedura di selezione dei candidati potenziali*” e che comunque necessiti al riguardo “*una valutazione caso per caso che consenta di dimostrare che il titolare dell'autorizzazione poteva legittimamente aspettarsi il rinnovo della propria autorizzazione e ha effettuato i relativi investimenti*” (sentenza *Promoimpresa*)²⁷. Si vedrà nel prosieguo come l'emendamento del Governo abbia cercato di porre un rimedio a quei casi di “preferenza automatica per i gestori uscenti che potrebbero tradursi in un'asimmetria a favore dei soggetti che già operano sul mercato (circostanza che potrebbe verificarsi anche nell'ipotesi in cui le regole di gara consentano di tenere in considerazione gli investimenti effettuati senza considerare il parametro di efficienza quale presupposto di apprezzabilità dei medesimi)”.

8. Profili comparatistici nel contesto europeo

Interessante sia sotto il profilo pratico che quello accademico è indagare cosa accada nei Paesi europei limitrofi. Nel 2017 la Direzione generale politiche interne - Parlamento europeo ha realizzato uno studio sulle concessioni balneari nel contesto europeo²⁸, prendendo in considerazione i modelli di quei Paesi che possono essere “considerati *competitors* dell'Italia in relazione all'oggetto di indagine”, rivolgeva l'attenzione a Francia, Portogallo, Spagna, Croazia. Non potendo prendere in considerazione per ragioni espositive tutti i vari aspetti trattati dall'analisi, si richiama qui l'attenzione sul profilo della durata delle concessioni balneari negli altri Paesi, vista l'importante attinenza col tema. I riferimenti sono tutti all'anno 2017²⁹. In Francia la competenza al rilascio delle concessioni spetta allo Stato, a mezzo del prefetto, e sempre all'interno della stessa norma viene stabilito che la durata delle concessioni di spiaggia finalizzate allo sfruttamento di specifici tratti di litorale non possa eccedere i dodici anni (art. 1 del *décret n. 2006-608*). Il Portogallo è un Paese “dove la vincolatività del principio di gara è notevolmente ridimensionata in ragione delle previsioni sulla durata” che può raggiungere i settantacinque anni e che, entro questo limite, la stessa viene fissata caso per caso in relazione al numero degli investimenti

²⁷ Corte di giustizia U.E., 14 luglio 2016, in cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*, p. 56 della motivazione.

²⁸ Concessioni balneari in Italia e Direttiva 2006/123/CE nel contesto europeo, studio per la Commissione PETI, 2017, disponibile su <https://www.europarl.europa.eu/RegData/STUD/2017/IPO596809_IT.pdf>.

²⁹ Un uguale approfondimento è disponibile anche sul sito della Camera dei deputati, v. *Le concessioni demaniali marittime in Croazia, Francia, Grecia, Portogallo e Spagna*, in *Camera.it*, consultabile direttamente alla pagina web:

<https://temi.camera.it/leg17/post/le_concessioni_demaniali_marittime_in_croazia_franzia_grecia_portogallo_e_spagna.html?tema=temi/gli_immobili_publici>.

associati al bene e alla loro rilevanza economica e ambientale. Negli anni sono stati sollevati dubbi di compatibilità con il diritto dell'Unione anche per la Spagna dove la durata dei rapporti concessori è fissata in via regolamentare. Qui dalla riforma del 2013 il termine massimo è di settantacinque, prorogabili per ulteriori settantacinque anni. In Croazia, infine, in base al *Maritime domaine and seaports act* le concessioni possono avere una durata compresa tra i cinque e novantanove anni, in base a una serie dettagliata di criteri da considerare.

Da questo veloce confronto si capisce come ad oggi difetti una disciplina unica a livello comunitario e, come è stato giustamente rilevato in dottrina, la disciplina delle concessioni balneari sono "un tema che si dimostra attuale e rilevante poiché le condizioni di accesso al mercato, senza garanzie di reciprocità con altri Paesi europei nostri diretti concorrenti, possono avere l'effetto di smantellare le basi dell'industria balneare della Penisola"³⁰.

9. Conclusioni in una prospettiva *de iure condendo*

Se l'emendamento del Governo sarà approvato dal Parlamento italiano, l'esecutivo avrà, come si è visto, sei mesi di tempo dalla data di entrata in vigore della Legge concorrenza 2021 per esercitare la delega e adottare uno o più decreti legislativi volti a riordinare e semplificare la disciplina in materia di concessioni demaniali marittime (v. art. 2-ter, comma 1). Dunque, non si prospetta un intervento di totale trasformazione del settore, ma più propriamente un riordino e una semplificazione normativa che il Governo dovrà operare alla luce di quei principi e criteri direttivi che sono stati in precedenza analizzati e che ad oggi costituiscono il disegno di legge delega che il Parlamento dovrà discutere e possibilmente approvare. Il percorso parlamentare di tale provvedimento (AS 2469) è in realtà non del tutto scontato: attualmente si trova al Senato, in corso di esame in Commissione permanente Industria, commercio, turismo in sede referente, e non è affatto detto che il testo proposto dal Governo non subisca modifiche già nel corso dell'approvazione all'interno della Commissione oppure in seguito quando verrà discusso dall'intera Assemblea. Al 18 marzo 2022 risultavano infatti depositate 262 proposte di emendamenti, presentate da senatori e gruppi parlamentari per modificare il d.d.l. concorrenza in materia di concessioni balneari³¹.

Nonostante il dovuto grado di incertezza che concerne l'approvazione del testo definitivo di legge, va riconosciuto che l'intento del Governo, più volte manifestato

³⁰ CERRINA FERONI G., *La gestione del demanio costiero, un'analisi comparata in Europa*, in *Federalismi.it*, n. 4 2020, p. 24, consultabile su: < <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=41061>>.

³¹ Cfr. *Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 (2469), emendamento 2.0.1000 e relativi subemendamenti*. Il documento completo di tutti gli emendamenti è disponibile sul sito istituzionale del Senato della Repubblica: <senato.it>.

anche ai *media* nazionali, è quello di giungere da gennaio 2024³² ad avere concessioni balneari assegnate attraverso nuove gare, che garantiscano un utilizzo attento e sostenibile del demanio, favorirne la pubblica fruizione e che al contempo promuovano la concorrenza per un settore trainante dell'economia italiana, senza però dimenticare tutte quelle "esperienze positive che non dovranno assolutamente essere disperse"³³.

L'obiettivo del Governo è adesso quello di giungere entro giugno all'approvazione del d.d.l. concorrenza ed entro dicembre 2022 adottare i decreti legislativi così da indire le nuove procedure di affidamento in tempi congrui³⁴.

La speranza è di non dover ancora una volta affermare che tra il dire e il fare c'è di mezzo il mare³⁵.

³² Occorre rilevare come proprio negli ultimi giorni fonti del Governo abbiano paventato la possibilità realizzare un periodo transitorio fino al 31 dicembre 2025, per consentire di svolgere le procedure di affidamento in tutti i Comuni italiani. Ovviamente tale periodo dovrà essere introdotto di concerto con le istituzioni Ue e già da ora è possibile evidenziare una serie di criticità che si verrebbero a porre con le pronunce della Corte di giustizia e del Consiglio di Stato. Uguale fermento si rinviene anche sul versante giurisdizionale dove, nelle settimane scorse, è stato presentato ricorso in Cassazione per motivi di giurisdizione avverso le sentenze gemelle del Consiglio di Stato sia dal Sindacato italiano balneari che ad *adiuvandum* dalla Regione Abruzzo.

³³ Così Mariastella Gelmini, ministro per gli Affari regionali e le autonomie, che ha affermato: "Fermo il principio della gara, verranno valorizzate alcune specificità come gli investimenti, il valore aziendale, la tutela per i dipendenti (che sarà garantita anche se la concessione dovesse essere assegnata ad un nuovo soggetto), la qualità dei servizi offerti, il rispetto dell'ambiente e del paesaggio, e le piccole gestioni, quelle a conduzione familiare, tanto presenti nelle nostre spiagge. Un grande passo in avanti per tutelare gli operatori del settore e anche i dirigenti dei Comuni, che senza questa regolamentazione rischiano risvolti giudiziari". Tale inciso è tratto da *Balneari: via libera dal Governo all'emendamento su ddl Concorrenza, ora l'esame del Parlamento*, in Regioni.it, consultabile online <<http://www.regioni.it/newsletter/n-4237/del-16-02-2022>>.

³⁴ Dalla Relazione al disegno di legge 2469 – XVIII legislatura.

³⁵ CAMAIANI A., *Tra diritto di insistenza e gare c'è di mezzo il mare*, in LaCostituzione.info, 3 aprile 2022.