

PATRIMONIO PUBBLICO

demanio e patrimonio pubblico

collana a cura di **PAOLO LORO**

PL45

MONICA BOSCHETTI

SCADENZA E RINNOVO DELLE CONCESSIONI DEMANIALI

**Seconda edizione
aggiornata alle sentenze
Ad. Plen. Consiglio di Stato 17 e 18 del 2021**

EXEO edizioni 

STUDI APPLICATI

pubblicazioni professionali

ISBN formato pdf: 978-88-6907-317-5

PATRIMONIO PUBBLICO

collana a cura di **PAOLO LORO**

demanio e patrimonio pubblico

PL45

MONICA BOSCHETTI

SCADENZA E RINNOVO DELLE CONCESSIONI DEMANIALI

Seconda edizione

EXEO edizioni 

STUDI APPLICATI

pubblicazioni professionali

ISBN formato pdf: 978-88-6907-317-5

Attraverso la stesura di quest'opera si focalizza l'attenzione sulla cessazione del rapporto concessorio, segnatamente sub specie di scadenza e di rinnovo delle concessioni demaniali. In particolare, si affrontano gli effetti della cessazione del rapporto per le concessioni demaniali marittime, cimiteriali e o.s.p., con un doveroso cenno alle differenze tra rinnovo e proroga delle medesime e ai principi comunitari che segnano l'intera materia delle concessioni demaniali a far data dalla Direttiva Bolkestein.

La presente seconda edizione è aggiornata alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nn. 17 e 18 del 2021.

Copyright © 2021 Exeo S.r.l.. Tutti i diritti riservati. È consentita la stampa e l'utilizzo in più dispositivi ad esclusivo uso personale della persona fisica acquirente, o del destinatario del prodotto in caso di soggetto acquirente diverso da persona fisica, e comunque mai ad uso commerciale: ogni diversa utilizzazione e diffusione, con qualsiasi mezzo, con qualsiasi scopo e nei confronti di chiunque altro, è vietata senza il consenso scritto dell'editore. Quanto alla riproduzione dei contenuti, sono consentite esclusivamente citazioni in virgolettato a titolo di cronaca, studio, critica, recensione, attività della pubblica amministrazione o professionale, accompagnate dal nome dell'autore, dell'editore, e dal titolo e anno della pubblicazione. Sarà perseguita nelle sedi opportune ogni violazione dei diritti d'autore e di editore. Alle violazioni si applicano le sanzioni previste dagli art. 171, 171-bis, 171-ter, 174-bis e 174-ter della legge 633/1941.

edizione: novembre 2021

autore: MONICA BOSCHETTI, avvocato del Foro di Cuneo

collana: PATRIMONIOpubblico, a cura di PAOLO LORO - numero in collana: 24

materia: demanio e patrimonio pubblico

tipologia: studi applicati

formato: digitale pdf

ISBN: 978-88-6907-317-5 - codice prodotto: PL45

Editore: Exeo srl CF PI RI 03790770287 REA 337549 ROC 34841/2007 DUNS 339162698 c.s.i.v. € 10.000,00, sede legale piazzetta Modin 12 35129 Padova.

professionisti

pubblica amministrazione

CAPITOLO II

LA CESSAZIONE DEL RAPPORTO CONCESSORIO

1. *Premessa: le cause di cessazione di un rapporto concessorio.*

Nel capitolo che precede abbiamo affrontato – a grandi linee – le prime definizioni del rapporto concessorio e – soprattutto – cosa comporta la nascita di un rapporto concessorio.

Vedremo nel presente capitolo – anche alla luce della durata a tempo determinato delle concessioni – quali sono le cause di cessazione del rapporto concessorio.

Ricordiamo infatti che «pur dando luogo a moduli di stampo consensuale, le concessioni demaniali devono comunque essere conformi al pubblico interesse a cui rispondono e il pubblico interesse consiste nell'uso particolare di un bene pubblico se e nella misura in cui questo sia conforme al primo; in questa chiave si spiega la natura precaria di detto uso, vale a dire la sua soggezione al potere di disdetta dell'amministrazione concedente»⁽⁴⁴⁾.

Dobbiamo invero ulteriormente sottolineare come non esista una normativa unitaria in tema di concessioni demaniali, che renderebbe l'analisi del tutto più piana e regolare. Occorre invece cercare di elaborare le varie normative di settore per poter giungere ad alcuni principi di base che siano applicabili a tutti i rapporti concessori, a prescindere dal loro specifico *nomen juris*.

Orbene, in prima battuta possiamo affermare come le cause di cessazione del rapporto concessorio possono essere definite «tipiche», ovvero ricadenti in alcune definizioni terminologiche.

E così, possiamo parlare di «scadenza» di una concessione demaniale ogniqualvolta venga a spirare il termine di durata even-

⁴⁴ Consiglio di Stato, sezione V, decisione n. 5112 del 14/10/2014.

tualmente insito nel provvedimento di concessione: «la scadenza della concessione demaniale comporta l'automatica cessazione del diritto del terzo di godere del bene demaniale e legittima la Pubblica Amministrazione ad adottare i provvedimenti tesi al recupero della disponibilità del bene, escludendo la necessità di una specifica motivazione» (45).

Direttamente collegata alla scadenza del rapporto concessorio è la sua disdetta: possiamo considerare la disdetta alla stregua del necessario prologo della scadenza. Secondo la giurisprudenza amministrativa, infatti, «la disdetta postula che il provvedimento concessorio spieghi i suoi effetti sino alla scadenza e produce, a tale momento, il mancato rinnovo della concessione, mentre la revoca determina che il provvedimento concessorio termini i propri effetti prima della sua scadenza» (46). In senso del tutto analogo, «la disdetta si conforma al modello proprio della c.d. concessione-contratto, e si fonda su una dichiarazione dell'Amministrazione concedente che, almeno trenta giorni dalla scadenza della concessione, notifica al concessionario la propria volontà di non rinnovare il rapporto in essere, con la conseguenza che la dichiarazione medesima toglie effetto alla rinnovazione tacita della concessione ottenuta dal concessionario mediante la prosecuzione nel pagamento del canone» (47). Tratteremo ampiamente del rinnovo nel prosieguo della trattazione.

Altra causa tipica di cessazione è la decadenza: secondo la giurisprudenza amministrativa di merito, «l'Amministrazione è sempre libera di prevedere, in via generale ed astratta, quali siano le violazioni alle prescrizioni annesse alle concessioni di uso pubblico rilevanti ai fini della decadenza in quanto rendono le stesse non più rispondenti al pubblico interesse; nell'applicazione concreta, però, l'esercizio del potere non può prescindere dai criteri di ragionevolezza e proporzionalità che postulano un utilizzo dosato di tale po-

⁴⁵ Consiglio di Stato, sezione IV, decisione n. 3507 dell'08/06/2009.

⁴⁶ T.A.R. Lazio, sezione II stralcio Roma, sentenza n. 12802 del 01/12/2020.

⁴⁷ T.A.R. Lazio, sezione II Roma, sentenza n. 7233 del 26/06/2020.

tere ed una motivazione circa la non (più esistente) conformità dell'occupazione alla tutela dell'interesse pubblico, in rapporto agli altri interessi privati coinvolti nella situazione e in primo luogo quelli dei controinteressati. In tale contesto occorre che l'Amministrazione esamini le modalità della violazione»⁽⁴⁸⁾.

A differenza della scadenza della concessione, dunque, la decadenza comporta una violazione alle prescrizioni contenute nel provvedimento concessorio, tenendo però presente che «in un rapporto concessorio, ai fini di valutarne la decadenza, l'Amministrazione è libera di stabilire quali conseguenze possono determinare i disallineamenti rispetto alle prescrizioni cui la concessione è subordinata, ben potendo, in ragione della particolarità degli interessi coinvolti, anche statuire che qualunque violazione delle prescrizioni annesse alla concessione possa comportare una medesima conseguenza sanzionatoria senza alcuna graduazione, ma – si badi – tale potestà non deve in concreto sconfinare in mero arbitrio, ma presuppone una valutazione dei casi concreti»⁽⁴⁹⁾.

Diversa dalla decadenza, ma con gli stessi effetti di cessazione del rapporto concessorio prima della scadenza del termine è la revoca della concessione. Ad affermare la possibilità di una revoca di qualsivoglia provvedimento pubblico è l'art. 21 *quinquies* della legge n. 241/1990⁽⁵⁰⁾, il quale, al primo comma recita testualmente: «per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento o, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revoca-

⁴⁸ Così recentemente il T.A.R. Toscana, sezione II, sentenza n. 907 del 14/07/2020.

⁴⁹ T.A.R. Toscana, n. 907/2020 cit. *supra*.

⁵⁰ Legge 7 agosto 1990 n. 241, recante «Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi».

to a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo». Secondo il Consiglio di Stato, «la revoca di una concessione di bene demaniale va congruamente motivata sulla sussistenza di un interesse pubblico che risulti prevalente nella comparazione con l'affidamento del privato fondato su decenni di utilizzo dell'area e su di un recente rinnovo della concessione»⁽⁵¹⁾. Vedremo in ogni caso nel prosieguo della trattazione gli elementi salienti di decadenza e revoca della concessione demaniale.

Merita un cenno anche il fatto dell'inadempimento del concessionario: si ricorderà il lettore che il rapporto concessorio altro non è che un rapporto bilaterale, assimilabile al contratto di diritto comune. Orbene, recentemente, la giurisprudenza amministrativa di merito ha affermato che «l'inadempimento del concessionario – per poter dare luogo alla decadenza della concessione demaniale – deve essere di una certa consistenza e deve essere provato, rispetto agli obblighi nascenti dal titolo, sulla scorta di elementi inequivoci, precisi e concordanti, atteso che, in tale fattispecie, l'Amministrazione concedente deve osservare i principi di gradualità e di proporzionalità nell'applicazione del provvedimento *lato sensu* sanzionatorio»⁽⁵²⁾; in senso ulteriormente specificatorio, il T.A.R. Lazio ha sostenuto che «la corretta esecuzione del rapporto concessorio, non indifferente rispetto alle ragioni di interesse pubblico che hanno a suo tempo indotto la Pubblica Amministrazione ad affidare in uso speciale il bene pubblico, comporta che i rimedi spettanti all'autorità concedente, per reagire all'inadempimento del privato concessionario, non possono ritenersi assimilabili a quelli spettanti alla parte di un contratto di diritto comune, e ciò anche quando tali rimedi siano espressamente contemplati nell'ambito del contratto accessivo alla concessione: e quindi la Pubblica Amministrazione

⁵¹ Così il Consiglio di Stato, sezione V, sentenza n. 2072 del 03/04/2018; in senso conforme Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza n. 692 dell'11/05/1998.

⁵² T.A.R. Calabria, sezione Reggio Calabria, sentenza n. 195 del 17/03/2020.

mantiene le prerogative di autorità pubblica tanto nella fase prodromica alla conclusione di contratti, quanto nel corso del rapporto con il privato una volta stipulato il contratto»⁽⁵³⁾. Da ciò deriva che «l'atto con il quale l'Amministrazione dichiara di valersi di una clausola risolutiva espressa contenuta in un provvedimento concessorio che rientra nella categoria del c.d. contratto ad oggetto pubblico, non costituisce una revoca ex art. 21 *quinquies* della legge n. 241/1990, non venendo in rilievo una sopravvenienza né una rivalutazione dell'interesse pubblico, bensì una risoluzione del rapporto concessorio in conseguenza del mancato adempimento di un obbligo contemplato dal titolo»: ne discende ulteriormente che «le norme e gli istituti codicistici in materia di inadempimento del contratto possono comunque trovare applicazione nella categoria dei c.d. contratti ad oggetto pubblico in quanto compatibili, sulla base di una verifica puntuale e in concreto del tipo di contratto considerato, ovvero se espressamente richiamati»⁽⁵⁴⁾.

In altre parole, due sono le correnti interpretative in caso di inadempimento del concessionario: da un lato, secondo il T.A.R. Calabria, è possibile – per l'amministrazione concedente – adottare un provvedimento di decadenza; dall'altro lato, per il T.A.R. Liguria, non si tratterebbe di una revoca bensì di una sorta di risoluzione del rapporto concessorio. Ad ogni buon conto, in applicazione del principio sostenuto dal T.A.R. Lazio (e, a parere di chi scrive, ampiamente condivisibile), non sarà possibile parlare di una risoluzione del «contratto» concessorio se non ove espressamente stabilito nella convenzione accessiva alla concessione medesima: diversamente opinando, si creerebbe un parallelismo (ingiustificato, oltre che del tutto non corretto) tra la disciplina dei contratti di diritto comune e il provvedimento di concessione.

Tirando le fila di questo ampio discorso, possiamo dunque affermare come la cessazione del rapporto concessorio possa avvenire per i più svariati motivi, che sono però tutti tipici. Tra questi mo-

⁵³ T.A.R. Lazio, sezione I stralcio Roma, sentenza n. 2156 del 22/02/2021.

⁵⁴ T.A.R. Liguria, sezione I, sentenza n. 169 del 05/03/2021.

CAPITOLO IV IL RINNOVO DELLA CONCESSIONE DEMANIALE

Sezione I

Premesse generali. Le concessioni per l'occupazione del suolo pubblico.

1. Premessa. La nozione di «rinnovo».

Abbiamo visto cosa accade in caso di scadenza di una concessione demaniale: proseguiamo ora con l'argomento del rinnovo della medesima.

Orbene, ai nostri fini, per «rinnovo» dobbiamo intendere un nuovo provvedimento concessorio tra le medesime parti già interessate da una concessione demaniale venuta a scadere. Per spiegare meglio il concetto utilizziamo – come sempre – l'aiuto della giurisprudenza che fugge ogni dubbio in merito: «nel caso di rinnovo di un rapporto concessorio, trattandosi di un “nuovo rapporto” tra le parti, l'amministrazione ha il dovere di svolgere una nuova valutazione assolutamente identica, dal punto di vista procedimentale, a quella originariamente compiuta in sede di rilascio del primo provvedimento, non potendosi infatti riconoscere al provvedimento originario alcuna efficacia ormai consolidata rispetto al futuro, a differenza della proroga del medesimo rapporto»⁽¹²³⁾. Nello stesso senso: «nel caso in cui il rinnovo della concessione avvenga in forza di una scelta discrezionale della Pubblica Amministrazione che, nella decisione sulla migliore utilizzazione del bene demaniale, ritenga di dare la preferenza al concessionario uscente, il “rinnovo” costituisce a tutti gli effetti una nuova concessione anche se stipulata fra

¹²³ T.A.R. Sicilia, sezione III Catania, sentenza n. 2829 del 28/10/2020.

i medesimi soggetti ed avente il medesimo oggetto, atteso che non si tratta della prosecuzione del precedente rapporto concessorio ma della costituzione di un nuovo rapporto che richiede un'espressa manifestazione di volontà delle parti (alla quale si riallaccia un rinnovato esercizio della pubblica funzione afferente la gestione del bene)»⁽¹²⁴⁾.

Pertanto, il rinnovo non consiste in una prosecuzione del rapporto concessorio senza soluzione di continuità (dovendosi, in tal caso, parlare più correttamente di «proroga»), ma consiste in un nuovo provvedimento concessorio, con eventuali nuove modalità di affidamento e di gestione del bene demaniale, che interessa però le medesime parti di un rapporto concessorio precedente. Ed invece, il Consiglio di Stato ha recisamente affermato che «il rinnovo della concessione integra gli estremi di una nuova concessione che si sostituisce alla precedente scaduta, a differenza delle proroghe che determinano il prolungamento delle concessioni – senza soluzione di continuità – della durata della concessione in essere»⁽¹²⁵⁾. In senso conforme, si sostiene che «mentre la “proroga” di un rapporto concessorio ricorre sul piano sostanziale quando il medesimo rapporto amministrativo venga fatto proseguire, a beneficio del precedente titolare, *ex lege* o a fronte di domanda presentata prima della scadenza del titolo, il “rinnovo” di un rapporto concessorio comporta una nuova e completa manifestazione di volontà dell'amministrazione, ossia la costituzione di un nuovo rapporto sotto il profilo del regime giuridico, seppur intercorrente tra gli stessi soggetti e avente il medesimo oggetto»⁽¹²⁶⁾.

Possiamo quindi paragonare il rinnovo ad una mutazione del solo titolo concessorio sebbene gli elementi soggettivi ed oggettivi rimangano sostanzialmente immutati. Ciò che cambia è la concessione vera e propria, che sarà oggetto di un nuovo procedimento

¹²⁴ T.A.R. Toscana, sezione III, sentenza n. 1621 del 21/12/2017.

¹²⁵ Consiglio di Stato, sezione V, sentenza n. 1368 del 27/02/2019. Recentemente, nello stesso senso, il T.A.R. Marche, sentenza n. 601 del 26/07/2021.

¹²⁶ TAR Sicilia, sezione III Catania, sentenza n. 2829 del 28/10/2020.

amministrativo – soggetto alle note valutazioni discrezionali – tra i medesimi soggetti e sul medesimo bene demaniale.

2. Il c.d. diritto di insistenza.

Da una lettura non approfondita di quanto abbiamo sostenuto nel paragrafo che precede parrebbe delinearci una sorta di legittimo affidamento per il concessionario uscente ad ottenere il rinnovo del rapporto concessorio.

Orbene, questo legittimo affidamento prende il nome di diritto di insistenza, di cui troviamo una definizione nell'art. 37 cod. nav. quale «preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze». Il paragone immediato è con il diritto di prelazione nel diritto civile: una preferenza per il concessionario uscente ad ottenere il rinnovo della concessione a discapito di altri soggetti eventualmente interessati.

Come però abbiamo già affermato, tale diritto è stato espunto dal nostro ordinamento in sede di recepimento della Direttiva Bolkestein e, segnatamente, dall'art. 12 della Direttiva che qui si riporta: «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. 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. 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».

Orbene, decisamente scevro da ogni dubbio interpretativo è il paragrafo 2 del predetto articolo, posto che la procedura di rinnovo automatico è del tutto vietata e nemmeno possono essere accordati «altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami». In altre parole, pertanto, la normativa comunitaria non consente quel diritto di insistenza/prelazione al concessionario uscente, bensì postula sempre una procedura ad evidenza pubblica per ogni tipologia di concessione demaniale per quei beni che costituiscono «risorsa scarsa».

Ancora recentemente la giurisprudenza amministrativa di merito è del tutto unanime nel sostenere che «dal testo dell'art. 37 cod. nav. è stato espunto il principio della “preferenza [da accordare] alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze” (c.d. diritto di insistenza), al fine di rispettare gli obblighi comunitari, di cui all'art. 49 T.F.U.E. e poi alla direttiva 2006/123/CE (relativa ai servizi nel mercato interno), di libera concorrenza, libertà di stabilimento, parità di trattamento e non discriminazione e, segnatamente, della previa determinazione dei criteri alla stregua dei quali svolgere la valutazione comparativa delle domande di concessione. Ne deriva che, a fronte dell'intervenuta cessazione del rapporto concessorio, il precedente titolare può vantare un mero interesse di fatto a che l'Amministrazione proceda a una nuova concessione in suo favore, e non già una situazione qualificata in qualità di concessionario uscente, con conseguente inconfigurabilità di alcun obbligo di proroga *ex lege* o motivazionale dell'Amministrazione» (127).

Peraltro, secondo un orientamento giurisprudenziale, «già prima della soppressione normativa del “diritto di insistenza” *ex art. 37, comma 2, cod. nav.*, la giurisprudenza amministrativa aveva aderito

¹²⁷ T.A.R. Campania, sezione VII Napoli, sentenza n. 2432 del 16/06/2020.

Sezione II
Le concessioni demaniali marittime.

1. Premessa. L'inquadramento normativo.

Come abbiamo anticipato all'inizio della presente opera, si rende necessario «scorporare» il macro-argomento del rinnovo e della proroga automatica delle concessioni demaniali marittime rispetto alle altre concessioni di cui abbiamo trattato. E ciò, essenzialmente, in quanto la questione sulla proroga ex lege delle concessioni in commento è stata oggetto di un profondo *revirement* giurisprudenziale grazie alle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato pubblicate in data 9 novembre 2021.

Occorre naturalmente fare un passo indietro ed analizzare – seppur brevemente – le fonti normative che a noi interessano.

Abbiamo invero già accennato al D.L. n. 400/1993 e alla Direttiva Bolkestein (2006/123/CE). Si rendeva peraltro necessaria una normativa nazionale di recepimento della medesima direttiva, che andasse – di fatto – ad espungere dal nostro ordinamento il c.d. diritto di insistenza di cui all'art. 37 cod. nav. e – soprattutto – il meccanismo di proroga automatica previsto dal D.L. n. 400/1993.

Per dovere di completezza narrativa, occorre affermare che l'art. 10 della legge n. 88/2001¹⁵⁷ aveva già abrogato il c.d. rinnovo automatico delle concessioni demaniali marittime, formalmente previsto dall'art. 1 del D.L. n. 400/1993. Di talché, possiamo affermare che – fino alla sua formale abrogazione – era ben possibile che una concessione demaniale marittima potesse essere oggetto di rinnovo automatico. Tanto che la giurisprudenza amministrativa di merito affermava che «nel caso in cui il rinnovo della concessione dema-

¹⁵⁷ Legge 16 marzo 2001 n. 88 recante «Nuove disposizioni in materia di investimenti nelle imprese marittime», pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 78 del 3 aprile 2001.

niale marittima avvenga in forza dell'art. 10 della legge n. 88/2001 (oggi abrogato), in base al quale le concessioni di beni demaniali marittimi, tra le quali quelle concernenti la gestione di stabilimenti balneari, si rinnovano automaticamente per sei anni e così successivamente ad ogni scadenza, la vicenda giuridica è diversa e non assimilabile a quella del rinnovo "discrezionale" in quanto è lo stesso legislatore a sancire in via automatica la prosecuzione del rapporto concessorio senza che a tal fine sia necessaria una nuova manifestazione di volontà delle parti o, comunque, un rinnovato esercizio della funzione pubblica afferente la gestione del bene. La concessione rinnovata si riallaccia, quindi, alla precedente senza alcuna soluzione di continuità costituendone la prosecuzione, che non può nemmeno essere impedita dall'invio di una disdetta da parte del concedente» (158). Trattavasi, pertanto, della «famigerata» proroga automatica o *ex lege*, di cui andremo ora ad approfondire i tratti salienti.

Viste le lungaggini nell'attuazione della Direttiva Bolkestein, la Commissione Europea aprì una (prima) procedura di infrazione (n. 2008/4908), con la quale contestava la compatibilità della normativa italiana con il principio della libertà di stabilimento, in quanto era palese la discriminazione per le imprese proveniente da altri Stati membri, ostacolate di fatto dalla preferenza accordata al concessionario uscente. Il legislatore italiano dapprima emanò il D.L. n. 194/2009 (159), con cui abrogò formalmente il c.d. diritto di insistenza di cui all'art. 37 cod. nav. (ma prorogò automaticamente il termine di scadenza delle concessioni demaniali marittime in esse-

¹⁵⁸ *E plurimis* T.A.R. Toscana, sezione III, sentenza n. 1216 dell'11/10/2017.

¹⁵⁹ Decreto legge 30 dicembre 2009 n. 194, recante «Proroga di termini previsti da disposizioni legislative». L'art. 1, comma 18, che ha formalmente abrogato l'art. 37, secondo comma cod. nav. relativamente al periodo in cui prevedeva la preferenza al concessionario uscente, ha – contemporaneamente – prorogato il termine di durata delle concessioni in essere al dicembre 2009 fino al 31/12/2015. Tale termine è stato ulteriormente prorogato al 31/12/2020 dall'art. 34 *duodecies* del D.L. 18/10/2012 n. 179, convertito in legge 17/12/2012 n. 221 e, infine, al 31 dicembre 2033 dall'art. 1, comma 682 della legge n. 145/2018.

re) e, successivamente, emanò il D.lgs. n. 59/2010 ⁽¹⁶⁰⁾ di recepimento della direttiva comunitaria.

L'art. 11 della legge n. 217/2011 ⁽¹⁶¹⁾, in risposta alla procedura di infrazione, «avviata ai sensi dell'articolo 258 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché al fine di rispondere all'esigenza degli operatori del mercato di usufruire di un quadro normativo stabile che, conformemente ai principi comunitari, consenta lo sviluppo e l'innovazione dell'impresa turistico-balneare-ricreativa», ha finalmente abrogato l'art. 1, secondo comma del d.l. n. 400/1993, ponendo (apparentemente) fine al rinnovo automatico delle concessioni demaniali marittime.

Non sarà sfuggito ad un attento lettore che – proprio quando entrava in vigore la legge n. 217/2011, le concessioni demaniali marittime si trovavano in un regime di proroga *ex lege* fino al 31 dicembre 2015 (grazie al D.L. n. 194/2009). E questa è solo una delle tante incongruenze legislative che hanno portato alla sentenza c.d. Promoimpresa della Corte di Giustizia Europea (di cui parleremo tra poco) e – soprattutto – alla decisa presa di posizione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Peraltro, il regime di proroga automatica delle concessioni demaniali marittime ha continuato ad esistere grazie alla legge n. 221/2012 (al 31 dicembre 2020), poi, con la legge n. 145/2018 ⁽¹⁶²⁾

¹⁶⁰ Decreto legislativo 26 marzo 2010 n. 59, recante «Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno». Peraltro, si segnala che l'art. 16 ricalca letteralmente l'art. 12 della Direttiva Bolkestein, con ciò consentendo a parte della dottrina di criticare l'operato del legislatore, che – soprattutto con riguardo alla locazione «scarsità delle risorse naturali» - ha di fatto ricopiato la normativa europea senza fornire indicazioni interpretative di sorta. Per un approfondimento, si veda, della stessa autrice, il *Codice del demanio marittimo, fluviale e lacuale*, cit., alla voce DEMANIO E PATRIMONIO --> CONCESSIONE E AUTORIZZAZIONE --> CONCESSIONE DEMANIALE MARITTIMA --> CESSAZIONE DEL RAPPORTO.

¹⁶¹ Legge 15 dicembre 2011 n. 217, recante «Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – Legge comunitaria 2010».

¹⁶² Legge 30 dicembre 2018 n. 145, recante «Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021».

e il c.d. D.L. Rilancio ⁽¹⁶³⁾, il termine è stato da ultimo prorogato al 31 dicembre 2033.

Appariva pertanto inevitabile il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea per aperto contrasto tra la normativa italiana di proroga automatica e la normativa comunitaria di cui alla Direttiva Bolkestein.

E così, con la sentenza pronunciata il 14 luglio 2016 nell'ambito delle cause riunite C-458/2014 (c.d. Promoimpresa), la Corte di Giustizia ha affermato recisamente che «una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede una proroga *ex lege* della data di scadenza delle autorizzazioni equivale a un loro rinnovo automatico, che è escluso dai termini stessi dell'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2006/123». Ne discende che «l'art. 12, paragrafi 1 e 2, direttiva 2006/123/CE del 12/12/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa ai servizi nel mercato interno, deve essere interpretato nel senso che 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 qualsivoglia procedura di selezione tra i potenziali candidati»; parimenti «l'art. 49 T.F.U.E. deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella italiana, che preveda una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo» ⁽¹⁶⁴⁾.

¹⁶³ Decreto Legge 19/5/2020 n. 34, recante «Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19».

¹⁶⁴ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sezione V, sentenza 14/7/2016 nella causa C-458/14.

Si segnala che i principi sopra riportati sono stati ribaditi in tantissime occasioni dalla giurisprudenza nazionale italiana. Per un approfondimento anche delle sentenze (del T.A.R Lombardia e del T.A.R Sardegna) che hanno rimesso la questione alla C.G.U.E. si rimanda al citato commento al *Codice del demanio marittimo, fluviale e lacuale*, alla voce DEMANIO E PATRIMONIO --> CONCESSIONE E AUTORIZZAZIONE -->

Sono seguite diverse pronunce giurisprudenziali di recepimento – mi si passi il termine – dei principi appena citati, con lo scopo ultimo di far sì che il legislatore finalmente riordinasse la materia delle concessioni demaniali marittime ed espungesse (dopo altri quasi dieci anni) il meccanismo di rinnovo automatico dal nostro ordinamento.

Ben lungi dal dare seguito a quanto auspicato, il legislatore è nuovamente intervenuto (*sic!*), prorogando i termini di scadenza delle concessioni demaniali marittime al 31 dicembre 2033. Ed invero, l'art. 1, comma 682 della legge n. 145/2018 prevede testualmente che tutte le concessioni demaniali marittime «vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge hanno una durata, con decorrenza dalla data di entrata in vigore della presente legge, di anni quindici» (e così dal 1 gennaio 2019 al 31 dicembre 2033). Così facendo, a parere di chi scrive, il legislatore non ha fatto altro che far rientrare dalla finestra ciò che era stato fatto uscire dalla porta, ovvero il diritto di insistenza ex art. 37 cod. nav.: è pur vero che non vi è più alcuna prelazione in favore del concessionario uscente, ma è vero anche che il concessionario attuale si trova in una posizione di forte vantaggio rispetto ad altri soggetti che vorrebbero entrare nel mercato, con una norma nazionale che – di fatto, ed ancora una volta – non considera la norma comunitaria contenuta nella direttiva Bolkestein.

Parimenti, l'art. 182 del c.d. D.L. Rilancio¹⁶⁵) risulta essere – di fatto – una ulteriore applicazione della legge n. 145/2018, con la previsione di una nuova – e, a parere di chi scrive, illegittima – pro-

CONCESSIONE DEMANIALE MARITTIMA --> CESSAZIONE DEL RAPPORTO.

¹⁶⁵ Art. 182 D.L. n. 34/2020: «... in riferimento ai beni del demanio marittimo in concessione, tenuto conto degli effetti derivanti nel settore dall'emergenza da COVID-19 nonché dell'esigenza di assicurare la certezza dei rapporti giuridici e la parità di trattamento tra gli operatori, in conformità a quanto stabilito dall'articolo 1, commi 682 e 683 della legge 30 dicembre 2018, n. 145, per le aree e le relative pertinenze oggetto di riacquisizione già disposta o comunque avviata o da avviare, oppure di procedimenti di nuova assegnazione, gli operatori proseguono l'attività nel rispetto degli obblighi inerenti al rapporto concessorio già in atto ...».

roga delle concessioni demaniali, seppur giustificata dall'emergenza sanitaria che il nostro Paese ha dovuto affrontare ⁽¹⁶⁶⁾.

Appariva pertanto del tutto inevitabile una lettera di messa in mora dell'Italia, che è inesorabilmente avvenuta il 3 dicembre 2020 ⁽¹⁶⁷⁾.

Allo stato attuale dell'arte, la procedura di infrazione è ancora pendente. Fatta questa doverosa premessa delle fonti normative, nel prossimo paragrafo andremo ad analizzare alcune pronunce giurisprudenziali degne di nota che hanno riguardato questa annosa questione, per poi giungere – finalmente – alla pronuncia rivoluzionaria dell'Adunanza Plenaria.

2. *Gli approcci giurisprudenziali.*

Dopo aver permesso al lettore di avere una (seppur minima e alquanto sbrigativa) infarinatura delle fonti normative, passiamo ora

¹⁶⁶ Oltre al commento al *Codice del demanio marittimo, fluviale e lacuale*, cit., si segnala altresì l'approfondimento, della stessa autrice, *L'illegittimità dell'annullamento d'ufficio della proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime*, nota alla sentenza T.A.R. Puglia, sezione I Lecce, n. 1321 del 27/11/2020, pubblicato il 19 gennaio 2021 sul sito www.patrimoniopubblico.it/approfondimenti.

¹⁶⁷ Nella lettera di messa in mora (n. 2020/4118) si legge testualmente che «il quadro giuridico nazionale che prevede la reiterata proroga della durata delle concessioni balneari compromette gravemente la certezza del diritto a danno di tutti gli operatori in Italia, compresi gli attuali concessionari, che non possono contare sulla validità delle loro concessioni esistenti. A causa dell'illegalità del quadro normativo italiano, le concessioni prorogate dalla legislazione italiana sono impugnabili e soggette ad annullamento da parte dei tribunali italiani». Con riferimento all'art. 182 del D.L. Rilancio, inoltre, la Commissione Europea afferma che «la reiterata proroga della durata delle concessioni balneari prevista dalla legislazione italiana scoraggia gli investimenti in un settore chiave per l'economia italiana e che sta già risentendo in maniera acuta dell'impatto della pandemia da COVID-19. Scoraggiando gli investimenti nei servizi ricreativi e di turismo balneare, l'attuale legislazione italiana impedisce, piuttosto che incoraggiare, la modernizzazione di questa parte importante del settore turistico italiano. La modernizzazione è ulteriormente ostacolata dal fatto che la legislazione italiana rende di fatto impossibile l'ingresso sul mercato di nuovi ed innovatori fornitori di servizi».

ad analizzare l'apporto giurisprudenziale sulla annosa questione che qui ci occupa.

Trattasi, per vero, di una precisa scelta dell'autrice: sono davvero numerose, infatti, le pronunce giurisprudenziali sul punto, per cui si rende doveroso effettuare una sorta di scrematura alle pronunce salienti in risposta i due orientamenti che si sono sviluppati in seno alla giurisprudenza.

In primis, si segnala un orientamento del Tribunale civile di Venezia¹⁶⁸, secondo il quale «va considerato compatibile con la tutela eurounionale della concorrenza un sistema nazionale di proroghe *ex lege* delle concessioni demaniali marittime che, al precipuo scopo di assicurare la tutela dell'affidamento del concessionario, fondato proprio sulle norme statali che prevedono tali proroghe (da ultimo, l'art. 1, commi 682 e ss., legge n. 145/2018), preveda un periodo transitorio che permetta alle parti di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili, in particolare dal punto di vista economico, sempre che tale regime transitorio sia accompagnato da un percorso volto al ripristino della concorrenzialità, mediante atti preordinati all'adeguamento della normativa interna al rispetto dei principi, sovranazionali e nazionale, dell'evidenza pubblica». Orbene, i giudici veneziani accondiscendono al *modus operandi* del legislatore italiano: ed invero, stante la normativa nazionale di proroga delle concessioni (da ultimo, per il caso di specie, la legge n. 145/2018), è del tutto normale che si ingeneri un affidamento nel concessionario alla continuazione del rapporto concessorio. Per vero, anche la Cassazione penale ha inteso «salvare» la disciplina italiana, sottolineandone il carattere meramente transitorio, nell'attesa di un riordino della materia: «l'art. 1, comma 18 del D.L. n. 194 del 2009 ha carattere transitorio in attesa della revisione della legislazione in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi da realizzarsi, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento,

¹⁶⁸ Tribunale di Venezia, sezione I civile, sentenza n. 635 dell'08/04/2020. Si veda il commento al *Codice del demanio marittimo, fluviale e lacuale*, cit., in cui la stessa autrice si sofferma ad un'analisi puntuale del caso sottoposto all'esame dei giudici veneziani.

sulla base di una intesa da raggiungere in sede di Conferenza Stato – Regioni, nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di garanzia dell'esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti, nonché in funzione del superamento del diritto di insistenza di cui all'art. 37 cod. nav., comma 2. 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» (169).

Possiamo peraltro tranquillamente affermare che questi orientamenti sono del tutto minoritari, in quanto decisamente più cospicue sono (condivisibilmente) le pronunce che si soffermano sulla totale incompatibilità del diritto italiano per contrasto con il diritto comunitario. Ed invero, il T.A.R. Sicilia sostiene che «anche la più recente proroga legislativa automatica delle concessioni demaniali marittime in essere fino al 2033, prevista dall'articolo unico, comma 682, della legge n. 145/2018, contrasta con la normativa comunitaria, in quanto rievoca norme nazionali già dichiarate in contrasto con l'ordinamento europeo dalla Corte di Giustizia nel 2016 (determinando una loro inammissibile reviviscenza giuridica), e, inoltre, il recente intervento della Corte di Giustizia, Sezione V, con la sentenza del 30 gennaio 2018, in causa C-360/15, ha esteso la platea dei soggetti interessati a pretendere che l'assegnazione della concessione demaniale intervenga solo all'esito dello svolgimento di una procedura selettiva» (170); secondo il T.A.R. Abruzzo, molto

¹⁶⁹ Corte di Cassazione, sezione III penale, sentenza n. 29105 del 21/10/2020.

¹⁷⁰ Così letteralmente il T.A.R. Sicilia, sezione III Catania, sentenza n. 504 del 15/02/2021, ma, nello stesso senso, *ex multis*, il Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza n. 7874 del 18/11/2019 e il T.A.R. Campania, sezione II Salerno, sentenza n. 265 del 29/01/2021.

La sentenza della C.G.U.E., Grande Sezione, del 30/01/2018, nella causa C-360/15 Visser, ha sostenuto che la Direttiva Bolkestein è applicabile non solo con riguardo a prestatori di servizi di Stati membri diversi, ma anche con riguardo a prestatori di servizi all'interno dello stesso Stato membro.

realisticamente, «se viene accertato che le concessioni oggetto di proroga automatica *ex lege* hanno a oggetto una risorsa naturale scarsa e vi è un interesse transfrontaliero verso di esse, allora la disciplina che prevede tale proroga senza procedura selettiva è in contrasto con i principi eurounitari»⁽¹⁷¹⁾.

Si segnala, infine, ancora un orientamento del T.A.R. Puglia, da sempre molto attivo sulla questione della proroga *ex lege* delle concessioni demaniali marittime, secondo il quale il provvedimento adottato in conseguenza di un'applicazione della normativa nazionale confliggente con la normativa comunitaria costituisce atto illegittimo e non atto nullo, con la conseguenza che – su ricorso del soggetto interessato – il Giudice amministrativo ben potrà disporre l'annullamento del provvedimento *de quo* previa disapplicazione della normativa nazionale; ne discende che non può ritenersi legittima la disapplicazione di una normativa interna confliggente con la normativa comunitaria da parte della Pubblica Amministrazione, essendo tale potere riservato al solo organo giurisdizionale⁽¹⁷²⁾.

Peraltro, una siffatta lettura del potere di disapplicazione (riservato, secondo i giudici pugliesi, al solo organo giurisdizionale, mentre, secondo i giudici siciliani⁽¹⁷³⁾), è appannaggio anche degli organi

Il T.A.R. Puglia, sezione I Lecce, sentenza n. 156 del 01/02/2021 ha sostenuto che «la direttiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, art. 12 paragrafi 1 e 2 relativa ai servizi del mercato interno ha dichiarato non compatibili i provvedimenti di proroga automatica delle “autorizzazioni” demaniali marittime destinate all'esercizio delle attività turistico-ricreative in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra gli aspiranti, integrando peraltro siffatta normativa violazione dell'art. 49 del T.F.U.E.».

¹⁷¹ T.A.R. Abruzzo, sezione Pescara, sentenza n. 40 del 03/02/2021.

¹⁷² Così il T.A.R. Puglia, sezione I Lecce, sentenza n. 1321 del 27/11/2020, con nota a sentenza, della stessa autrice, *L'illegittimità dell'annullamento d'ufficio della proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime*, cit.

Si segnala altresì la sentenza del T.A.R. Puglia, sezione I Lecce, n. 73 del 15/01/2021 che, nell'annullare gli atti del Comune di Lecce che disconoscevano l'estensione prevista dalla Legge 145/2018, si esprimeva in modo determinante per una non applicazione della Direttiva Bolkestein in quanto, tra le altre motivazioni, non considerata avente carattere “self executive”.

¹⁷³ Segnatamente, con la sentenza del T.A.R. Sicilia, sezione III Catania, n. 504 del 15/02/2021.

amministrativi) è uno dei motivi che ha portato alle recentissime pronunce dell'Adunanza Plenaria, destinate a riscrivere la storia delle concessioni demaniali marittime in Italia.

2.1. *Le sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria nn. 17 e 18/2021.*

Merita un paragrafo a parte la soluzione adottata dall'Adunanza Plenaria nella materia che qui ci occupa.

Invero, le due sentenze gemelle sono destinate a produrre un effetto bomba nell'intero panorama delle concessioni demaniali marittime italiane. Senza dilungarci troppo, pena lo sconfinamento fuori tema, ci soffermeremo principalmente sui principi di diritto contenuti in queste sentenze in ordine al rinnovo automatico delle concessioni demaniali marittime ⁽¹⁷⁴⁾.

I principi di diritto enunciati dai giudici recitano testualmente:

«1. Le norme legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative – compresa la moratoria introdotta in correlazione con l'emergenza epidemiologica da Covid-19 dall'art. 182, comma 2, d.l. n. 34/2020, convertito in legge n. 77/2020 – sono in contrasto con il diritto eurounitario, segnatamente con l'art. 49 T.F.U.E. e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE. Tali norme, pertanto, non devono essere applicate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione.

2. Ancorché siano intervenuti atti di proroga rilasciati dalla P.A. (e anche nei casi in cui tali siano stati rilasciati in seguito a un giudicato favorevole o abbiano comunque formato oggetto di un giudi-

¹⁷⁴ Per un doveroso quanto analitico approfondimento, si rimanda a LAMI G., *Adunanza Plenaria 9 novembre 2021 n. 17: è suonata la fine della ricreazione*, pubblicato il 14/11/2021 e BOSCHETTI M., *Le concessioni demaniali marittime spiegheranno i loro effetti attuali fino al 31 dicembre 2023*, pubblicato il 12/11/2021, entrambi reperibili sul sito www.patrimoniopubblico.it/approfondimenti.