

## Stessa spiaggia, stesso mare... stesso concessionario?

Serena Sileoni

In questi mesi è tornato alla ribalta il tema delle concessioni balneari, un argomento giuridicamente complesso, oggetto di numerosi tentativi di regolazione tendenti a conciliare la natura demaniale con l'interesse allo sfruttamento ad uso turistico e al profitto imprenditoriale di tali beni. Durante l'estate, il tema è uscito dalle aule giudiziarie e legislative per finire direttamente in spiaggia, dove il 3 agosto scorso molti concessionari balneari hanno chiuso gli ombrelloni in segno di sciopero contro la novità legislativa secondo cui, dal 2015, le concessioni saranno rilasciate solo previa gara pubblica.

Il tema merita di essere approfondito e chiarito dal punto di vista legislativo e di interpretazione giuridica, al fine di segnalare come un atteggiamento di mera protesta e chiusura della categoria interessata non solo non risponda, nel merito, alle esigenze concorrenziali del paese, ma, in diritto, sia persino inutile.

*Serena Sileoni è Fellow dell'Istituto Bruno Leoni*

### **Concessioni balneari a gara: una riforma opportuna? Brevi considerazioni, in attesa del decreto legislativo di riordino**

Prima di esaminare perché, dal punto di vista giuridico, le concessioni balneari dovranno necessariamente essere sottoposte a procedure di rilascio aperte e concorrenziali, chiediamoci brevemente il motivo per cui le istituzioni europee – e con esse, come vedremo, i giudici nazionali – insistono nel pretendere lo svolgimento di simili valutazioni comparative approntate ai criteri di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, pubblicità e mutuo riconoscimento.

Nel merito, un regime come quello che si è avuto per anni in Italia di rinnovo automatico delle concessioni, che rappresentano pur sempre esercizio di impresa e quindi attività economicamente rilevanti, conferisce una vera e propria rendita di posizione per i concessionari già attivi, comportando così una discriminazione nei confronti di coloro che vogliono tentare di intraprendere tale attività, impedendo il completo dispiegarsi della concorrenza e potendo infine innescare un disincentivo a migliorare l'offerta di uso dei beni stessi.

Da un lato, un regime di "privilegio" a favore dei concessionari uscenti risulta ingiustificato dal punto di vista del principio generale di uguaglianza, declinato nei termini della parità di trattamento del quale, come conferma la Corte di giustizia, la libertà di stabilimento è specifica espressione. Tale principio vieta infatti «non solo le discriminazioni palesi a motivo della cittadinanza, [...] ma anche qualsiasi forma di discriminazione dissimulata che, mediante il ricorso

ad altri criteri distintivi, abbia in pratica le stesse conseguenze». Esso impone quindi che «le regole del gioco siano conosciute da tutti i potenziali concessionari e si applichino a tutti nello stesso modo» e che siano fissate «condizioni d'accesso non discriminatorie all'attività economica».<sup>1</sup> Dalla parità di trattamento discenderebbe quindi «l'obbligo di ottemperare al principio di messa in concorrenza».<sup>2</sup>

In altri termini, la concessione di un bene pubblico fornisce «un'occasione di guadagno tale da imporre una procedura competitiva» che, ispirandosi ai principi di trasparenza e non discriminazione, tuteli la libertà di accesso al mercato e garantisca il pieno svolgimento della libertà di concorrenza.<sup>3</sup>

Altrimenti, in assenza di una procedura concorsuale aperta e competitiva, come nel caso in cui si privilegiasse il diritto di insistenza quale requisito per l'aggiudicazione della concessione o come nel caso del rinnovo automatico, «l'Ente [concedente] attribui[rebbe] agli attuali concessionari di aree demaniali marittime un vantaggio ingiustificato a danno dei potenziali concorrenti, consentendo ai primi lo sfruttamento commerciale di aree contigue senza l'esperimento di procedure ad evidenza pubblica trasparenti e non discriminatorie».<sup>4</sup>

Tra le procedure possibili per l'ottenimento della concessione, infatti, quella del rinnovo automatico alla scadenza di una concessione «risulta suscettibile di restringere la concorrenza non stimolando gli operatori ad offrire prestazioni adeguate sotto il profilo economico e qualitativo all'amministrazione, né a fornire migliori condizioni di servizio agli utenti. Infatti, [...] la proroga automatica delle concessioni in essere non consentirebbe di cogliere i benefici che deriverebbero dalla periodica concorrenza per l'affidamento attraverso procedure ad evidenza pubblica».<sup>5</sup>

D'altro canto, sostengono coloro che già detengono una concessione demaniale marittima, l'alea del mancato rinnovo compromette scelte di investimento e migliorie dell'area concessa, nonché limita l'accesso al credito dal momento che per gli stessi sarà più difficile fornire adeguate garanzie agli istituti bancari.

Le preoccupazioni sono in parte fondate e soprattutto meritano di essere considerate. È indubbio infatti che la prospettiva di investimento su di un'area di cui si è, di fatto, possessori senza limiti temporali è diversa rispetto al caso in cui si sia titolari di concessioni che, ogni volta, vengono messe a gara.

È per questo motivo, dunque, che, al di là di possibili forme di indennizzo per le spese sopportate dai concessionari e non ammortizzate, è necessario che il decreto legislativo di riordino costituisca l'occasione per garantire una procedura di rilascio delle autorizzazioni che tenga conto, naturalmente, dei principi di concorrenza, libertà di stabilimento e valorizzazione delle attività imprenditoriali, ma che tuteli anche gli investimenti già in atto, senza per ciò solo riconoscere forme di privilegio sproporzionate e lesive dell'efficienza del mercato, come il diritto di insistenza o il rinnovo automatico si sono dimostrati.

1 Corte di giustizia, sentenza del 13 luglio 1993, causa C-330/91, Commerzbank.

2 *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni*, cit., par. 3.1.1.

3 Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza del 5 novembre 2004, n. 1968, nonché sez. V, 31 maggio 2007, n. 2825.

4 Così l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, AS975, *Roseto degli Abruzzi (TE) – Ampliamento di concessioni demaniali marittime*, 9 agosto 2012.

5 Id., AS551, *Concessioni demaniali marittime nella regione Calabria*, Roma, 24 luglio 2009 e AS481, cit.

La partita si giocherà tutta, in realtà, sulle modalità di redazione dei bandi di gara. Non necessariamente essi dovranno prevedere il rilascio della concessione a chi offre un canone maggiore. Da questo punto di vista, i timori degli attuali piccoli concessionari di soccombere rispetto a gestori più grandi e organizzati risulta infondato. Nulla vieta che nel bando di gara venga scelto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, da intendersi come l'offerta che presenti elementi di qualità e di garanzia di uso dell'area compatibile con le finalità di salvaguardia del patrimonio ambientale e culturale e che possa quindi anche tener conto degli investimenti già realizzati o in corso, della professionalità acquisita nel settore, piuttosto che della garanzia della salvaguardia e della promozione del patrimonio dell'area, in modo da rafforzare il legame tra il territorio e gli operatori economici sul quale essi operano.

Ma, soprattutto, nulla vieta che gli attuali concessionari possano, anziché fare muro contro una modifica legislativa imminente e inevitabile, immaginare soluzioni nuove con le quali riuscire a mantenere viva la loro attività di impresa senza bisogno di privilegi o garanzie di mantenimento di posizioni di rendita. Essi potrebbero, ad esempio, partecipare in forma consorziata alle gare, irrobustendo l'offerta e aumentando quindi le possibilità di vincere sui "grandi" concorrenti. Ancora una volta, la riforma del regime delle concessioni demaniali ad uso turistico-ricreativo dovrebbe rappresentare non tanto il momento per difendere le posizioni acquisite e arroccarsi su un impianto normativo anticoncorrenziale, quanto piuttosto l'opportunità per guardare oltre lo *status quo* e accettare le quotidiane sfide che un mercato aperto osa lanciare per lo sviluppo dell'economia e del benessere.

Accantoniamo, comunque, le considerazioni di merito e verifichiamo ora i motivi per cui una riforma della disciplina relativa al rilascio delle concessioni in una direzione maggiormente concorrenziale appare, come si è detto, imminente e inevitabile.

### **L'adeguamento delle regole italiane ai principi europei in materia di rilascio delle concessioni balneari**

La legge pretende che le spiagge appartengano alla categoria dei beni pubblici, motivando la necessità di tale natura in virtù del fatto che sono destinate a soddisfare un interesse pubblico – dall'interesse ad un accesso universale al godimento del bene fino alla salvaguardia del patrimonio ambientale. In ragione di questo particolare uso, sarebbe necessario un trattamento giuridico differenziato rispetto al regime ordinario di circolazione dei beni.

L'art. 822 del codice civile prevede, quindi, che esse «appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico». Con ciò si intende che non potrebbero che essere beni pubblici, lo sono quindi per natura, e, per di più, appartengono a quella categoria di beni pubblici che va sotto il nome di demanio, il quale, originariamente, contraddistingueva i beni pubblici riservati all'uso pubblico da quelli pubblici utilizzati solo dagli enti che li possedevano (come un immobile destinato ad ufficio). Da questa particolare natura giuridica consegue, sempre secondo il codice civile, che le spiagge «sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti in favore di terzi, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano» (art. 823). Sono quindi beni inalienabili e inespropriabili che, secondo le regole dettate dal codice per la navigazione (r.d. n. 327/1942), possono essere oggetto, appunto, solo di diritti in favore di terzi esclusivamente attraverso provvedimenti amministrativi di natura concessoria.

L'art. 36 di tale codice dispone infatti che l'amministrazione marittima può concedere, compatibilmente con le esigenze del pubblico uso, l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di beni demaniali e di zone di mare territoriale per un determinato periodo

di tempo, a fine turistico e ricreativo. L'articolo successivo proseguiva formulando il cd. diritto di insistenza. Originariamente, esso stabiliva che, nel caso di più domande di concessione per la stessa porzione di spiaggia, fosse data preferenza – a parità di condizioni – alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze. Come usualmente si esprimeva, sul punto, il giudice amministrativo, in ipotesi di domande concorrenti, l'amministrazione doveva quindi procedere alla loro valutazione in comparazione e rinnovare la concessione al soggetto che avesse offerto maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponesse di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico. In caso di equivalenza delle domande, veniva preferita quella avanzata dal concessionario uscente. È evidente come il giudizio discrezionale dell'amministrazione portasse a privilegiare, di fatto, la reiterazione delle concessioni a favore di un medesimo soggetto.

Tale diritto, sopravvissuto anche a una modifica dell'art. 37 avvenuta nel 1993 (decreto legge n. 400/1993), ha incontrato invece le resistenze dell'ordinamento europeo relativamente alla compatibilità con la libertà di stabilimento sancita dall'allora vigente Trattato della Comunità europea.<sup>6</sup>

Il 29 gennaio del 2009, infatti, la Commissione europea inviava allo Stato italiano una lettera di messa in mora<sup>7</sup> rilevando che alcune norme nazionali e regionali – al prevedere appunto il diritto di insistenza nel procedimento per il rilascio di concessioni del demanio marittimo ad uso turistico-ricreativo – contrastavano con la libertà, garantita ai cittadini dell'Unione, di stabilirsi in uno degli Stati membri ed esercitarvi un'attività non salariata (procedimento n. 2008/4908). Si trattava in particolare dell'art. 37, c. 2, cod. nav. – già menzionato – e di una disposizione della legge regionale del Friuli-Venezia Giulia,<sup>8</sup> la quale rinviava peraltro direttamente a tale articolo.

Occorre, a tal proposito, una precisazione in merito ai soggetti competenti alla gestione del demanio marittimo nell'ordinamento italiano.

Ancor prima della riforma regionalistica del 2001, nelle regioni a statuto ordinario<sup>9</sup> la gestione amministrativa del demanio marittimo è confluita gradualmente nelle competenze regionali o, per delega, in quelle comunali. Durante la prima stagione del regionalismo italiano, venne approvato il d.p.r. n. 616/1977, il cui art. 59, appunto, delegava alle regioni le funzioni amministrative sul litorale marittimo, sulle aree demaniali im-

6 Art. 43 TCE (ora art. 49 TFUE): «Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro.

La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività non salariate e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 48, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali».

7 La *mise en demeure* è la prima tappa del procedimento per infrazione avviato dalla Commissione europea, che può eventualmente sfociare in un ricorso per inadempimento alla Corte di Giustizia. In questa fase, la Commissione invita lo Stato membro a comunicarle, entro un termine prefissato, le sue osservazioni in merito all'infrazione contestata. Segue un parere motivato nel quale la Commissione può esprimere le ragioni per un eventuale ricorso per inadempimento dinanzi alla Corte di giustizia, ingiungendo allo Stato membro di porre fine all'infrazione entro un dato termine, a pena, appunto, di un eventuale avvio della fase contenziosa.

8 Art. 9, c. 4, l.r. 22/2006.

9 Per le regioni a statuto speciale il regime è parzialmente differente ed è disciplinato negli statuti regionali.

mediatamente prospicienti e sulle aree del demanio lacuale e fluviale, nel caso in cui la loro utilizzazione avesse finalità turistiche e ricreative. Le vicende di trasferimento di competenza amministrativa sono state, in realtà, lunghe e tortuose, per completarsi nel 1998, quando l'art. 105 del d.lgs. n. 112/1998 ha conferito la gestione amministrativa dei beni demaniali marittimi dallo Stato alle regioni a statuto ordinario, ad eccezione dell'amministrazione dei beni demaniali afferenti le fonti di approvvigionamento di energia e di quelli ricadenti nei porti e nelle aree di interesse preminente nazionale. Oggi, in seguito alla riforma costituzionale del 2001, la materia rientra tra le competenze legislative residuali, e quindi piena, delle regioni, con attribuzione delle funzioni amministrative agli enti territoriali minori, secondo quanto previsto dall'art. 118 Cost. (v. in tal senso Corte cost. nn. 412/2008, 344 e 255/2007, 90 e 89/2006), ferma restando la competenza esclusiva dello Stato in ordine agli aspetti dominicali del demanio, rientranti nell'ordinamento civile (v. in tal senso Corte cost. nn. 370/2008 e 88/2007), e alla competenza concorrente in materia di governo del territorio.

Tornando alle vicende relative al diritto di insistenza, a seguito della procedura di infrazione avviata dalla Commissione, l'art. 37 del codice della navigazione veniva modificato dal decreto cd. milleproroghe del 2009 (d.l. n. 194/2009, convertito, con modificazioni, in legge n. 25/2010), il quale, abrogando tale disposizione, ha previsto comunque un regime transitorio con una proroga di tale diritto fino al 31 dicembre 2015 per le concessioni in essere alla data del provvedimento e in scadenza entro tale data.

La lettera della Commissione, infatti, contestava in via generale il regime di preferenza per i concessionari uscenti, contrario, come detto, alla libertà di stabilimento, che impone il ricorso a procedure di evidenza pubblica non discriminatorie, e chiedeva pertanto la riformulazione dell'art. 37 del codice della navigazione. Nella fase precontenziosa successiva alla messa in mora, il governo italiano ha negoziato la soppressione del diritto di insistenza con una proroga fino al 31 dicembre 2015 delle concessioni in essere, in maniera tale da poter disporre di un tempo sufficiente per l'adozione, da parte delle regioni, delle regole di adeguamento,<sup>10</sup> come, appunto, dispone il decreto mille proroghe del 2009, e per garantire il rientro degli investimenti degli attuali concessionari, impiegati in virtù dell'affidamento alla reiterazione della concessione.

La procedura precontenziosa non si è comunque chiusa dopo l'abrogazione del diritto di insistenza.

Difatti, la Commissione rilevava che, in sede di conversione del decreto legge n. 194/2009, era stato approvato un emendamento recante un rinvio a una norma secondo cui le concessioni demaniali marittime ad uso turistico, indipendentemente dalla natura o dal tipo di impianti previsti per lo svolgimento delle attività, hanno durata sessennale e si rinnovano automaticamente ad ogni scadenza (art. 1, c. 2, d.l. n. 400/1993, recante la determinazione dei canoni di concessioni demaniali marittime).<sup>11</sup>

Il rinvio è piuttosto tortuoso ma merita di essere chiarito.

L'art. 1, c. 18 del decreto mille proroghe, come convertito dalla legge n. 25/2010, nel confermare la dilazione delle concessioni in atto fino al 2015, fa salve le disposizioni

<sup>10</sup> V. in breve sul negoziato l'Audizione dinanzi alle Commissioni riunite VIII e X del Senato della Repubblica del Ministro per le politiche europee nell'ambito dell'indagine conoscitiva sulle concessioni demaniali marittime ad uso turistico ricreativo, seduta n. 12, 4 ottobre 2011 e, nell'ambito della medesima indagine, l'Audizione del Ministro per i rapporti con le Regioni e per la coesione territoriale, 3 febbraio 2011.

<sup>11</sup> Tre mesi prima della procedura europea, anche l'Autorità garante della concorrenza e del mercato recepiva gli stessi profili di incompatibilità. V. AS481, *Norme in materia di demanio marittimo con finalità turistico ricreativa*, 20 ottobre 2008.

«di cui all'articolo 3, comma 4-bis, del decreto legge 5 ottobre 1993, n. 400», che determina i canoni delle concessioni demaniali marittime.

L'art. 3, c. 4-bis, a sua volta, nel determinare i limiti temporali di durata delle concessioni rinvia all'art. 1, c. 2 del medesimo decreto, il quale – finalmente – prevede il rinnovo automatico delle concessioni di sei anni in sei anni.

La Commissione europea ha quindi ritenuto che un rinvio simile vanificasse l'abrogazione del diritto di insistenza di cui all'art. 37, e – inviando una lettera di messa in mora complementare il 5 maggio 2010 – ha rilevato il contrasto non solo con la libertà di stabilimento di cui al Trattato, ma anche con la direttiva servizi, nel frattempo recepita in Italia.<sup>12</sup>

L'art. 12 della direttiva, infatti, prevede che, qualora l'attività di servizio sia sottoposta a un regime di autorizzazione e il numero delle autorizzazioni disponibili sia limitato, gli Stati membri debbano applicare una procedura di selezione tra i candidati potenziali «che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza [...] 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».

A seguito di questa seconda lettera, la legge comunitaria 2010 ha abrogato la norma summenzionata, espressamente al fine di chiudere la procedura di infrazione e di «rispondere all'esigenza di 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» (art. 11, c. 1, legge n. 217/2011).

Nello stesso articolo è stata inoltre inserita una delega al governo per il riordino e la revisione della legislazione, previa intesa con la Conferenza unificata, al fine di stabilire i limiti minimi e massimi di durata delle concessioni, lasciando poi alle regioni la fissazione della loro durata «in modo da assicurare un uso rispondente all'interesse pubblico nonché proporzionato all'entità degli investimenti», prevedere criteri e modalità di affidamento nel rispetto dei principi di concorrenza, libertà di stabilimento, garanzia dell'esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e tutela degli investimenti.

### **Margini di applicazione delle regole europee**

La procedura di infrazione si è quindi conclusa con un *classement* della Commissione europea del 27 febbraio 2012, la quale ha riconosciuto la compatibilità con l'ordinamento comunitario della proroga delle concessioni fino al 2015, ma ha chiesto, per il periodo successivo, lo svolgimento di procedure di assegnazione ad evidenza pubblica che non privilegino in alcun modo i concessionari uscenti.

Insensibile rispetto alla constatazione che una deroga a procedure di aggiudicazione aperte voglia dire una costosa infrazione europea, il sindacato italiano balneari ha reagito alle necessarie novità legislative appena menzionate promuovendo per la prima volta, insieme con altre realtà rappresentative del settore, uno sciopero di categoria concretizzatosi nella chiusura degli ombrelloni il 3 agosto scorso, nelle ore più calde della giornata.

La protesta, si legge nei comunicati ufficiali del sindacato, ha avuto ad oggetto proprio la «mancata risposta del Governo alla richiesta della categoria che rimane quella di

<sup>12</sup> La direttiva relativa ai servizi nel mercato interno, n. 2006/123/CE, adottata dal Consiglio europeo il 12 dicembre 2006, è stata recepita nell'ordinamento italiano con decreto legislativo n. 59/2009.

ottenere l'esclusione delle imprese balneari dalle evidenze pubbliche, così come previsto dalla direttiva comunitaria [sui servizi pubblici] e quindi no alle aste».<sup>13</sup>

Le associazioni di categoria, per spingere il governo a sottrarre le concessioni demaniali dal regime delle aggiudicazioni tramite gara pubblica, fanno leva su una disposizione della direttiva servizi secondo cui «gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, [...] della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario» (art. 11.3). A loro avviso, dal momento che solo il 25% delle coste italiane è affidato in concessione, resta una buona percentuale aperta a nuovi soggetti economici che vogliano avviare un'attività balneare; d'altro lato, ritengono che gli attuali concessionari siano già garanti dell'ordine pubblico, dell'assistenza a mare, del controllo e della difesa dell'ecosistema marino, etc.

Non occorre nemmeno, in realtà, soffermarsi sulla correttezza di questa interpretazione, dal momento che, come la Commissione ha già ribadito e come risulta evidente dalle vicende relative al procedimento di infrazione, il mancato adeguamento delle regole italiane comporta un contrasto non solo e non tanto con la direttiva servizi, quanto piuttosto con il Trattato stesso, laddove, come già visto, all'art. 49 riconosce la libertà di stabilimento come una delle quattro libertà fondamentali dell'Unione.

Ciò è tanto vero che, nella prima lettera di messa in mora, inviata quando la direttiva non era ancora stata recepita nell'ordinamento italiano, la Commissione fa esclusivo riferimento alla violazione del Trattato, e solo nella seconda lettera, inviata quando invece la direttiva era stata recepita, aggiunge la considerazione che un regime concessorio a rinnovo automatico contrasta sia con il diritto originario dell'Unione (il Trattato) sia con il diritto derivato (la direttiva).

Da ciò si desume, quindi, che, anche a voler ammettere, in via del tutto subordinata, che la direttiva non si applica alle concessioni demaniali<sup>14</sup> o che esse possono beneficiare di deroghe e regimi speciali riconosciuti dalla direttiva stessa in presenza di particolari condizioni, resterebbe in piedi il contrasto con il principio della libertà di stabilimento, riconosciuto a livello primario dall'ordinamento europeo, e sanabile solo con una modifica della legislazione in vigore.

Non risulta quindi pienamente corretto sostenere che la procedura di infrazione sia conseguente all'approvazione della direttiva, come affermato non solo dai sindacati di categoria ma anche dall'Anci,<sup>15</sup> dal momento che quella direttiva attua un principio – la libertà di stabilimento – che troverebbe comunque applicazione diretta in virtù del riconoscimento di cui all'art. 49 del Trattato.

Anche la giurisprudenza nazionale conferma la posizione della Commissione europea secondo cui, a prescindere dalla direttiva servizi, il rinnovo automatico delle concessioni contrasta comunque con l'art. 49 del TFUE, il quale intende garantire che le persone giuridiche possano esercitare la libertà di stabilimento senza essere soggette all'applicazione di norme nazionali lesive del principio di parità di trattamento.

---

13 Così la dichiarazione del vicepresidente vicario del Sindacato Italiano Balneari – FIPE Confcommercio, comunicato stampa del 19 luglio 2012.

14 Interpretazione, peraltro, da escludere, alla luce della *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario* del 12 aprile 2000, n. 2000/C 121/02, laddove si precisa che «ogni atto dello Stato, contrattuale o unilaterale, che stabilisca le condizioni alle quali è soggetta una prestazione di attività economiche, va valutato alla luce delle disposizioni del trattato, e, in particolare, di quelle degli articoli da 43 a 55».

15 V. comunicato del Comitato direttivo dell'ANCI del 18 aprile 2012.

Quando già la direttiva era stata recepita dall'ordinamento italiano, la Corte costituzionale ha avuto occasione di pronunciarsi sul tema, dichiarando illegittime alcune norme regionali che, al prevedere ancora una volta un diritto di proroga in favore del soggetto già possessore della concessione, si ponevano in contrasto «con i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario in tema di diritto di stabilimento e di tutela della concorrenza. Infatti, la previsione di un rinnovo automatico della proroga in favore del soggetto già possessore della concessione, in luogo di una procedura di rinnovo che “apra” il mercato, è del tutto contraddittoria rispetto al fine di tutela della concorrenza e di adeguamento ai principi comunitari, violando il principio di parità di trattamento, che si ricava dagli artt. 49 ss. del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in tema di libertà di stabilimento, e favorendo i vecchi concessionari a scapito dei nuovi aspiranti» (sent. n. 340/2010, v. anche n. 180/2010 e 213/2011).

Il parametro indiretto di illegittimità costituzionale (essendo quello diretto l'art. 117 Cost.) risulta quindi essere non già la direttiva servizi, quanto l'art. 49 del Trattato, che si pone quale immediato ostacolo a un regime concessorio che favorisca gli operatori già presenti sul mercato, impedendo la parità di accesso al mercato a nuovi, eventuali operatori.

Detto in altri e più autorevoli termini, «l'inveramento nell'ordinamento nazionale di fondamentali principi di diritto comunitario, rinvenibili direttamente nel trattato Ce, ma non per questo sorniti di efficacia precettiva, non può prescindere dall'assoggettamento delle pubbliche amministrazioni all'obbligo di esperire procedure ad evidenza pubblica ai fini dell'individuazione del soggetto contraente.» È questa la conclusione emessa dal Consiglio di Stato ancor prima che l'art. 37 del codice della navigazione venisse abrogato, con la quale sottolineava proprio il contrasto tra quanto era ancora codificato a livello nazionale e i principi di diritto europeo, anticipando la necessaria abrogazione del diritto di insistenza, che da lì a breve sarebbe avvenuta (Consiglio di Stato, sez. VI, 25 settembre 2009, n. 5765).

C'è un'ultima considerazione da muovere a sostegno della tesi per cui non si intravede alternativa all'eliminazione del rinnovo automatico delle concessioni balneari, a meno di non voler pagare le sanzioni pecuniarie comminate dalla Corte di giustizia.

Anche a voler ammettere, per assurdo, che il legislatore nazionale possa accogliere le istanze degli operatori del settore e riproporre una forma di rinnovo automatico o comunque una deroga al meccanismo dell'aggiudicazione delle concessioni tramite gara aperta, i giudici stessi sarebbero chiamati a ripristinare il principio comunitario di libertà di stabilimento e a rendere, quindi, inefficace una legislazione simile.

Difatti, nel nostro ordinamento l'incompatibilità delle norme nazionali con norme europee direttamente applicabili (come di certo gli articoli del Trattato) viene vagliata, in un sistema di controllo diffuso, dai singoli giudici, che hanno la facoltà di disapplicare caso per caso la norma interna, dando prevalenza, per motivi di competenza, alla norma europea (v. Corte cost. n. 170/1984).

Pertanto, nel caso in cui il legislatore ripristinasse un sistema concessorio che in qualche modo privilegiasse, all'atto dell'autorizzazione, i possessori di concessioni in scadenza, i singoli giudici potrebbero disapplicare la norma interna, dare immediata applicazione alle regole comunitarie e annullare, pertanto, l'atto di concessione emesso in ottemperanza alla legge nazionale.

Un'ipotesi simile, lungi dall'essere meramente astratta, è in realtà già avvenuta, con riferimento sia al diritto di insistenza che al rinnovo automatico.

A titolo esemplificativo, quanto al primo aspetto, prima ancora dell'abrogazione dell'art. 37 cod. nav., alcuni Tar si sono espressi nel senso che le norme sulle concessioni demaniali dovessero essere interpretate «alla luce dei principi comunitari di trasparenza, di non discriminazione, di libertà di stabilimento e di libera prestazioni dei servizi, i quali, espressi nel Trattato dell'Unione Europea, sono direttamente applicabili (c.d. *self-executing*) a prescindere dalla ricorrenza di specifiche norme comunitarie o interne che ne facciano applicazione, e prevalgono sulle disposizioni dello Stato membro eventualmente in contrasto con essi. Dalla doverosa necessità di rispettare siffatti principi, discende [...] che ai concessionari di beni del demanio marittimo adibiti ad uso turistico-ricreativo, non possa essere accordato alcun diritto di insistenza». Da tale diretta applicabilità si è quindi ricavato che «gli art. 37 c. nav. e 01 d.l. 5 ottobre 1993 n. 400 [...] non possono essere intesi nel senso di garantire ai titolari di concessioni demaniali il diritto al rinnovo automatico (c.d. diritto di insistenza) del rapporto». (Tar. Cagliari, 17 febbraio 2009, n. 193, ma già Tar Cagliari 15 novembre 2006, n. 2336).

Molto più esplicito, invece, quanto al ricorso all'istituto della disapplicazione, il Tar Calabria, che di recente ha respinto la richiesta di annullamento dell'ingiunzione di restituzione di area demaniale marittima la cui concessione era scaduta, richiesta basata proprio sull'operatività della norma – sopra richiamata – del decreto legge n. 400/1993 relativa al rinnovo automatico alla scadenza dei sei anni. Ad avviso del tribunale, era pacifico che dal quadro normativo emergesse la vigenza per le concessioni demaniali marittimi per attività turistico-ricreative, oltre che del diritto di insistenza, sia pure in regime di proroga, della regola del rinnovo automatico della concessione, di sei anni in sei anni. «In quest'ottica – sottolinea il giudice – l'ordine di sgombero per insussistenza del titolo concessorio sarebbe illegittimo, perché la concessione rilasciata alla ricorrente si sarebbe automaticamente rinnovata». Osservando, tuttavia, l'incompatibilità del meccanismo del rinnovo automatico col diritto comunitario, il Collegio ha ritenuto, prima ancora che si fosse chiusa la procedura di infrazione e a prescindere dalla diretta applicabilità della direttiva servizi, che la disposizione del decreto legge n. 400/1993 non potesse trovare applicazione, essendo in contrasto con l'art. 49 TFUE, ed ha così respinto il ricorso.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Tar Calabria, sentenza del 23 novembre 2011, n. 833. La giurisprudenza amministrativa ha cercato peraltro di dare una interpretazione conforme all'ordinamento comunitario in particolare del cd. diritto di insistenza, ancor prima dell'intervento legislativo che lo ha abrogato, al punto tale da svilire la portata del diritto stesso, a partire dalla sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168. Da ultimo, appena prima dell'abrogazione dell'art. 37, c. 2, il Consiglio di Stato affermava che «L'applicazione del principio sancito dall'art. 37 comma 2 c. nav., secondo cui in caso di rinnovo di una concessione di area appartenente al demanio marittimo deve essere data la precedenza al precedente concessionario (così detto "diritto di insistenza"), è subordinato all'idonea pubblicazione della procedura relativa al rinnovo, all'effettiva equipollenza delle condizioni offerte dal precedente concessionario rispetto agli altri aspiranti, nonché alla necessità di depurare la procedura dai fattori di vantaggio derivanti in capo al precedente concessionario dalla pregressa titolarità della concessione o di altro rapporto concessorio funzionalmente collegato al primo. [...] Si è costantemente affermato, in giurisprudenza, che nessun aspetto della procedura volta ad attribuire le concessioni demaniali marittime si sottragga, per ovvie ragioni legate all'esigenza di trasparenza del procedimento, all'obbligo di pubblicità via via imposto da singole disposizioni del codice della navigazione e dal regolamento attuativo, e comunque desumibili dai principi generali ordinamentali e di derivazione comunitaria.» (Consiglio di Stato, sez. VI, 24 dicembre 2009, n. 8716). Sotto altri profili, ma con la stessa finalità di svuotare il "privilegio" concesso dal diritto di insistenza, v. Consiglio di Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3145: «I principi comunitari, in materia di libera circolazione dei servizi, di par condicio, d'imparzialità e di trasparenza si applicano anche a materie diverse dagli appalti, essendo sufficiente che si tratti di attività suscettibile di apprezzamento in termini economici e, quindi valgono anche per le concessioni di beni pubblici, fungendo da parametro di interpretazione e limitazione del diritto di insistenza di cui all'art. 37 c. nav. Di conseguenza, il concessionario di un bene demaniale non vanta alcuna aspettativa al rinnovo del rapporto, il cui diniego, nei limiti ordinari della ragionevolezza e della logicità dell'agire amministrativo, non necessita

Al di là delle considerazioni di merito, che pure si sono brevemente accennate nel paragrafo precedente, da un punto di vista meramente giuridico scioperi e proteste delle categorie interessate finalizzati a far fare marcia indietro al governo nel percorso verso una maggiore apertura e trasparenza dei procedimenti di autorizzazione allo sfruttamento dei beni demaniali marittimi per uso turistico-ricreativo risultano, quindi, del tutto vani, quando non controproducenti. Meglio, piuttosto, sarebbe se tali categorie, accettando un regime giuridico che si presenta, per i motivi detti, come necessario e irreversibile, arrivino pronti all'appuntamento delle gare e, volendo, diano il loro contributo di conoscenze al legislatore, al fine di confezionare un decreto legislativo di riordino che, in maniera lungimirante, sappia conciliare i principi di libera concorrenza con le aspettative di chi ha già investito nel settore.

---

di ulteriore motivazione (essendo parificabile al rigetto di un'ordinaria istanza di concessione), né implica alcun "diritto d'insistenza" qualora la p.a. intenda procedere ad un nuovo sistema d'affidamento mediante gara pubblica o comunque procedura comparativa».



## IBL Focus

### CHI SIAMO

L'Istituto Bruno Leoni (IBL), intitolato al grande giurista e filosofo torinese, nasce con l'ambizione di stimolare il dibattito pubblico, in Italia, promuovendo in modo puntuale e rigoroso un punto di vista autenticamente liberale. L'IBL intende studiare, promuovere e diffondere gli ideali del mercato, della proprietà privata, e della libertà di scambio. Attraverso la pubblicazione di libri (sia di taglio accademico, sia divulgativi), l'organizzazione di convegni, la diffusione di articoli sulla stampa nazionale e internazionale, l'elaborazione di brevi studi e briefing papers, l'IBL mira ad orientare il processo decisionale, ad informare al meglio la pubblica opinione, a crescere una nuova generazione di intellettuali e studiosi sensibili alle ragioni della libertà.

### COSA VOGLIAMO

La nostra filosofia è conosciuta sotto molte etichette: "liberale", "liberista", "individualista", "libertaria". I nomi non contano. Ciò che importa è che a orientare la nostra azione è la fedeltà a quello che Lord Acton ha definito "il fine politico supremo": la libertà individuale. In un'epoca nella quale i nemici della libertà sembrano acquistare nuovo vigore, l'IBL vuole promuovere le ragioni della libertà attraverso studi e ricerche puntuali e rigorosi, ma al contempo scevri da ogni tecnicismo.