

Concessioni balneari: una possibile via di uscita dall'attuale incertezza politica

Di Francesco Bruno

Non è la prima volta che l'Istituto Bruno Leoni si occupa del tema delle concessioni balneari. A testimonianza dell'incapacità politica di risolvere alcune tematiche incrostate, vi è la data di un Focus sull'argomento, a cura di Serena Sileoni¹, datato 1° settembre 2012! Sono passati più di dieci anni e ancora, nonostante innumerevoli sentenze della giustizia comunitaria e nazionale quasi unidirezionali, non si è riusciti a stabilizzare la materia. Il tutto, a danno della libera concorrenza, dell'economia generale, ma anche degli stessi operatori del settore, che vivono in un'incertezza che frena gli investimenti e punta ad una sterile massimizzazione della rendita.

Rispetto all'ultimo approfondimento strutturato sull'argomento², datato 2017, ci sono state novità politiche, legislative e giurisdizionali. Il tentativo sarà quello di riassumere brevemente quelle più significative, fino ad arrivare all'attuale dibattito politico.

La manovra 2019 e la sentenza chiave del Consiglio di Stato

Nell'analisi del 2017 sopra richiamata, si era commentato lungamente un importante caso di fronte la Corte di giustizia dell'Unione europea, deciso poi con la sentenza del 14 luglio 2016. In quella sede, i giudici di Strasburgo avevano confermato l'applicazione della Direttiva Bolkestein³ alle concessioni balneari, partendo proprio da un caso italiano⁴. Sembrava che potesse essere la parola fine sulla questione. Ma la politica era di diverso avviso. In primo luogo, ci furono provvedimenti legislativi avversi da parte di alcune regioni, ma arginate dal Governo allora in carica. In un post sul Leoni Blog⁵, si era affrontato un caso relativo alla Regione Abruzzo, che aveva cercato di salvaguardare le concessioni esistenti. Il ricorso sulla le-

Francesco Bruno è avvocato e legal manager. Ha conseguito un Master in Law and Economics (LL.M.) e collabora con il blog Econopoly - Il Sole 24 Ore.

1 http://www.brunoleonimedia.it/public/Focus/IBL_Focus_211-Sileoni.pdf

2 http://www.brunoleonimedia.it/public/BP/IBL_BP_160-Concessioni_Demaniali.pdf

3 Articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006

4 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A62014CJ0458>

5 <https://www.leoniblog.it/2018/06/18/concessioni-demaniali-marittime-la-corte-costituzionale-boccia-nuovamente-le-regioni-di-francesco-bruno/>

gittimità costituzionale della norma regionale depositato del Governo Gentiloni era stato accolto e la norma era stata dichiarata incostituzionale dalla Consulta.

Successivamente, il primo Governo Conte nato dalle elezioni politiche del 2018, sostenuto dal Movimento 5 Stelle e dalla Lega, aveva inserito nella sua prima Legge di bilancio due commi che prevedevano la proroga automatica e generalizzata fino al 31 dicembre 2033 delle concessioni in essere. Il tutto in aperto e diretto contrasto con la sentenza della Corte di giustizia già menzionata.

Non molto più tardi, una sentenza⁶ del novembre 2021, emessa dal Consiglio di Stato, aveva stroncato in maniera perentoria quanto deciso dal legislatore italiano, con una pronuncia destinata a produrre a lungo i suoi effetti. La sentenza merita di essere analizzata, seppur per sommi capi.

Nella circostanza, i giudici di Palazzo Spada, in adunanza plenaria, hanno risposto a tre domande, per cercare di fissare in maniera inequivocabile una vicenda che ha generato tanto contenzioso amministrativo dell'ultimo decennio. Vediamole distintamente.

se sia doverosa, o no, la disapplicazione, da parte della Repubblica Italiana, delle leggi statali o regionali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative (...)

Per rispondere al primo quesito, la Corte ha richiamato la pronuncia della Corte di Giustizia sopramenzionata. Il principale organo giurisdizionale europeo aveva sancito due principi. In primo luogo, l'articolo 12 della cosiddetta Direttiva Bolkestein⁷ può direttamente prevenire la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali per attività turistico-ricreative. In secondo luogo, anche l'articolo 49 TFUE osta a una normativa nazionale, come quella di cui alla legge di bilancio 2019, la possibilità di consentire una proroga automatica delle medesime concessioni demaniali.

Nonostante la chiarezza di tali principi, il dibattito non si è mai arrestato. L'applicabilità dell'articolo 49 del TFUE è stata messa in discussione per l'asserita mancanza del requisito dell'interesse transfrontaliero. Invece, l'applicabilità dell'articolo 12 è stata contestata per l'asserita assenza di scarsità della risorsa spiaggia e per il fatto che le concessioni demaniali non dovrebbero essere annoverate nella nozione di autorizzazione di servizi a cui è principalmente indirizzata la Direttiva.

Il Consiglio di Stato ha rigettato queste obiezioni e ha confermato l'orientamento della Corte comunitaria. In merito all'articolo 49 TFUE, il Consiglio ha ritenuto che *“L'interesse transfrontaliero certo consiste nella capacità di una commessa pubblica o, più in generale, di un'opportunità di guadagno offerta dall'Amministrazione anche attraverso il rilascio di provvedimenti che non portano alla conclusione di un contratto di appalto o di concessione, di attrarre gli operatori economici di altri Stati membri.”* Un concetto oramai giuridicamente assodato. Nel prosieguo, i giudici di Palazzo Spada hanno anche evidenziato la rilevanza economica del settore, non marginale, considerata la grande e variegata ricchezza del patrimonio costiero italiano.

6 Cons. Stato, (Ad. Plen.), 09/11/2021, n. 18

7 Articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006

In merito all'articolo 12 della Direttiva, invece, il Consiglio di Stato ha ritenuto che la distinzione formalistica tra concessione e autorizzazione non abbia pregio, perché da tempo il diritto UE ha operato una rilettura sostanzialistica di tali istituti. Conta quindi l'effetto economico della concessione demaniale, sfruttabile per esercitare un'attività d'impresa con finalità di lucro, che può incidere sulla libera concorrenza e sulla libertà di circolazione dei servizi. Di conseguenza, proprio perché grazie alla concessione il titolare può esercitare un'attività economica, nell'ottica della Direttiva, la stessa concessione può essere assimilata ad un'autorizzazione di servizi. Sul concetto di scarsità, invece, poco da ribadire. La stessa va valutata sulla base delle spiagge attualmente occupate e sulla presenza di aree disponibili anche per gli operatori economici diversi dagli attuali concessionari.

Muovendo da queste argomentazioni, che hanno confermato l'applicabilità della Direttiva al caso delle concessioni demaniali, il Consiglio di Stato ha poi risposto al primo quesito, sostenendo - in buona sostanza - che qualsiasi pubblica amministrazione debba disapplicare norme anti-comunitarie. In particolare, i giudici sostengono che *"(...) l'obbligo di non applicare la legge anticomunitaria gravi in capo all'apparato amministrativo, anche nei casi in cui il contrasto riguardi una direttiva self-executing"*.

Il carattere *self-executing* della Direttiva è stato sancito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e, in diverse occasioni, anche da quella amministrativa nazionale, che vi si è uniformata.

In maniera ancora più esplicita, nella sentenza si legge che *"la legge nazionale in contrasto con una norma europea dotata di efficacia diretta, ancorché contenuta in una direttiva self-executing, non può essere applicata né dal giudice né dalla pubblica amministrazione, senza che sia all'uopo necessario (come chiarito dalla Corte costituzionale a partire dalla sentenza n. 170 del 1984) una questione di legittimità costituzionale."* Si può aggiungere a tal proposito che, per ora, anche la giurisprudenza costituzionale è più volte intervenuta negli anni per dichiarare illegittime innumerevoli leggi regionali che prevedevano proroghe automatiche delle concessioni.

nel caso di risposta affermativa al precedente quesito, se, in adempimento del predetto obbligo disapplicativo, l'amministrazione dello Stato membro sia tenuta all'annullamento d'ufficio del provvedimento emanato in contrasto con la normativa dell'Unione europea o, comunque, al suo riesame (...) nonché se, e in quali casi, la circostanza che sul provvedimento sia intervenuto un giudicato favorevole costituisca ostacolo all'annullamento d'ufficio.

Muovendo verso il secondo quesito, che segue la risposta affermativa al primo, il Consiglio ha analizzato gli effetti della norma contenuta nella Legge di bilancio 2019, che secondo i giudici non può essere applicata perché contraria al diritto UE. Secondo i medesimi giudicanti, la proroga al 2033 va quindi considerata come se l'effetto prodotto dalla stessa non si fosse mai verificato. Di conseguenza, l'amministrazione pubblica non ha bisogno di eseguire un provvedimento di autotutela (il cui obbligo viene escluso dalla Corte). L'eventuale proroga intervenuta è priva di valore. E lo è, secondo il Consiglio di Stato, anche qualora il provvedimento locale di proroga automatica della concessione fosse stato oggetto di giudicato, perché la sentenza interpretativa pregiudiziale della Corte di Giustizia va considerata come

sopravvenienza normativa che, come tale, può incidere sulla durata successiva a quella coperta da giudicato.

Si tratta di un punto giuridico molto forte. Gli stessi giudici usano parole di grande cautela nella sentenza, conoscendo l'impatto di una decisione che possa interferire su diritti e interessi legittimi che poggiano su una sentenza avente forza di giudicato. Il punto però rappresenta un *j'accuse* molto netto e perentorio nei confronti del legislatore, che ha provato a disapplicare con una fonte ordinaria una norma europea. Chi scrive aggiunge che ciò ha avuto un intento ingannatore per tutto il settore, che ha creduto si potesse erroneamente eseguire una tal azione a norme europee invariate.

se, con riferimento alla moratoria introdotta dall'art. 182, comma 2, del D.L. 19 maggio 2020, n. 34, come modificato dalla legge di conversione 17 luglio 2020, n. 77, qualora la predetta moratoria non risulti inapplicabile per contrasto col diritto dell'Unione europea, debbano intendersi quali "aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto" anche le aree soggette a concessione scaduta al momento dell'entrata in vigore della moratoria, ma il cui termine rientri nel disposto dell'art. 1, commi 682 e seguenti, della L. 30 dicembre 2018, n. 145.

Il terzo quesito concerne le misure emergenziali. Non è utile spendere molte parole su tale quesito. Il Consiglio di Stato ha affermato, con tono lapidario, che *"Non vi è quindi alcuna ragionevole connessione tra la proroga delle concessioni e le conseguenze economiche derivanti dalla pandemia, presentandosi semmai essa come disfunzionale rispetto all'obiettivo dichiarato e di fatto diretta a garantire posizioni acquisite nel tempo."*

Dopo aver risposto ai tre quesiti, i giudici hanno comunque deciso di concedere, ancora una volta, tempo agli operatori ed alla politica, prorogando la scadenza delle proroghe in essere al 31 dicembre 2023. Qualsiasi provvedimento legislativo contrario, dovrà considerarsi non applicabile.

Il Governo Draghi e la Legge annuale sulla concorrenza

All'epoca della pubblicazione della sentenza del Consiglio di Stato, era in carica il Governo guidato da Mario Draghi. Consapevole della portata della pronuncia, l'Esecutivo ha prima preso atto della decisione, anche formalmente, e poi ha provato a riordinare la materia da un punto di vista politico-legislativo, attraverso la Legge annuale per il mercato e la concorrenza⁸, la quale ha visto la luce nel mese di agosto 2022, poco prima della fine anticipata della legislatura.

Nell'articolo 3 della Legge, si conferma il termine del 31 dicembre 2023 per la scadenza delle proroghe e si abrogano, tra gli altri, i commi della Legge di bilancio per il 2019 di cui sopra. Tuttavia, una sorta di proroga è stata comunque introdotta, prevedendo - in presenza di ragioni oggettive che impediscono la conclusione della procedura selettiva entro il 31 dicembre 2023 - la possibilità di prorogare le concessioni fino al 31 dicembre 2024. Una scelta poco condivisibile.

Nel successivo articolo 4, è contenuta invece una delega al Governo al fine di ema-

nare, entro sei mesi dall'entrata in vigore della legge, uno o più decreti legislativi miranti al riordino ed alla semplificazione della materia. La delega indica i principi che il Governo dovrà rispettare, volti a riordinare e semplificare la disciplina in materia. Tra questi si ricordano la determinazione delle aree, la necessità di adottare procedure selettive, la tenuta in considerazione degli investimenti effettuati dagli *incumbent*, la frammentazione in piccoli lotti per favorire un'ampia partecipazione di piccole e microimprese ed una serie di criteri di cui i bandi di gara dovranno tener conto. Appare utile menzionare quelli relativi alla valorizzazione degli operatori attuali del settore, alla clausola sociale, alla definizione di un numero massimo di concessioni per ciascun titolare -in via diretta o indiretta - e a un indennizzo per il concessionario uscente a carico di quello subentrante. Quest'ultimo criterio sembra il più controverso.

L'impressione generale è che si vogliano costruire delle gare in grado di scoraggiare l'ingresso di nuovi operatori. Non sarebbe un buon risultato per l'apertura e la crescita del mercato.

Il Governo Meloni

Il Governo Meloni, insediatosi nell'autunno 2022, sta attraversando un momento di difficoltà sul tema, per via di alcune divisioni interne e per ragioni politico-elettorali. C'è infatti una forte pressione, da parte delle tre forze principali che sostengono la maggioranza, Fratelli d'Italia, Forza Italia e Lega, per cancellare la scadenza automatica delle proroghe decisa dal Consiglio di Stato. Una pressione in linea con dichiarazioni e promesse elettorali precedenti alle ultime elezioni politiche, contrassegnate da una generale avversione nei confronti della Direttiva Bolkestein.

Il Governo, seppur in dialettico contrasto con l'impostazione europea e con la Direttiva Bolkestein, non sembra voler andare allo scontro con l'UE e con i giudici nazionali. Per il momento, quindi, prende tempo, attraverso l'istituzione di un tavolo interministeriale e la possibile proroga del termine di sei mesi per l'attuazione della delega contenuta nella Legge sulla concorrenza già menzionata.

Una possibile via di uscita

Di parole ne sono spese tante e fiumi d'inchiostro sono stati versati. L'argomento ha un interesse economico rilevante, ma di certo non decisivo per le sorti del Paese. Come scriveva Alberto Mingardi sul Corriere della Sera⁹ poco meno di un anno fa, *"C'è però un valore simbolico: è il punto della bandiera delle riforme. Il guaio è che queste ultime ormai sono una specie di medicina che i partiti si dicono disponibili a buttar giù solo con lo zucchero del Pnrr. Per quanto blandi possano essere i cambiamenti normativi di cui si discute, se non fossero la contropartita dei sussidi europei non se ne parlerebbe nemmeno. Mettere a gara le spiagge difficilmente avrà effetti particolarmente rilevanti sulla crescita. I partiti possono legittimamente pensare che il costo della riforma, in termini di consenso, sia più elevato che il beneficio. Sembra però che lo pensino di qualsiasi passo verso un'economia di mercato più aperta."*

Il punto oramai è meramente politico, perché a livello giuridico raramente si sono viste così tante corti comunitarie e nazionali essere concordi su una determinata materia. La sentenza della Corte di Giustizia del 2016 e quella del Consiglio di

9 <https://www.brunoleoni.it/la-concorrenza-che-serve>

Stato del 2021 sono emblematiche in tal senso. È vero che la giurisprudenza non è mai statica, ma è difficile che l'orientamento possa cambiare senza uno stravolgimento delle norme dell'Unione europea.

Gli errori commessi sono stati innumerevoli negli anni, perché finalizzati solo a dare un calcio più in là ad una lattina oramai ammaccata. Si è diffusa la convinzione che le gare segneranno inevitabilmente la morte imprenditoriale degli attuali concessionari, con gravi ripercussioni su lavoratori e turisti. Ma non ci sono ragionevoli argomenti che facciano propendere verso un tale scenario.

Considerato che la politica non riesce ad accettare il quadro normativo - e le conseguenti pronunce giurisdizionali italiane ed europee - e continua a prendere tempo, è forse giunto il momento che siano gli operatori del settore a dimostrare la maturità necessaria ad affrontare la questione. Già dieci anni l'Istituto Bruno Leoni, con la proposta già citata di Serena Sileoni circa i raggruppamenti temporanei di imprese, auspicava che fossero loro a dimostrarsi *“pronti all'appuntamento delle gare”* capaci di dare *“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”*¹⁰.

A maggior ragione dopo dieci anni, dopo gli interventi giurisprudenziali e le iniziative europee - da ultimo il parere della Commissione al Portogallo circa la non corretta attuazione delle norme relative alle procedure di gara per l'aggiudicazione delle concessioni¹¹ - il settore potrebbe iniziare a guardare alle gare competitive come un'occasione da cogliere, e non un rischio da evitare.

Molti operatori, comprensibilmente, temono di non avere i requisiti economici, organizzativi e dimensionali per poter competere in una gara pubblica, soprattutto se dovessero partecipare alle stesse imprese dalle spalle larghe. Questo problema si può ovviare in due modi complementari. Da un lato, si deve evitare che l'assenza di una iniziativa legislativa renda direttamente applicabili i principi di diritto europeo, come avverrebbe allo spirare del termine concesso dal Consiglio di Stato. L'intervento normativo, in altri termini, è l'occasione per tenere in considerazione gli investimenti realizzati, il loro valore residuo, la continuità operativa, la tutela occupazionale. D'altro lato, gli operatori possono unire le forze e partecipare sotto forma di raggruppamenti temporanei di imprese (dette RTI o ATI), come appunto proposto dall'Istituto Bruno Leoni da anni. In tal modo, potrebbe essere più facile formulare un'offerta competitiva e, soprattutto in ottica pro-concorrenziale, favorire la partecipazione di soggetti che, singolarmente, non ne avrebbero la possibilità. Oltre alle associazioni temporanee, gli operatori potrebbero pensare anche a forme più stabili nel tempo, come i consorzi con attività interna o esterna, i contratti di rete oppure dare vita a una fusione tra piccole società per crearne una più robusta. Ciò potrebbe rafforzare ulteriormente la possibilità di crescita già menzionata. Perché unendo le forze, gli operatori potrebbero non fermarsi all'attuale comune di insediamento, ma ambire anche ad aggiudicarsi lotti nei comuni limitrofi o nella provincia. In tal modo, si inizierebbe altresì a diversificare meglio il rischio legato ad una mancata aggiudicazione, che potrebbe essere compensata

10 http://www.brunoleonimedia.it/public/Focus/IBL_Focus_211-Sileoni.pdf

11 <https://www.ilsole24ore.com/art/balneari-procedura-ue-contro-portogallo-ora-strada-ancora-piu-salita-l-italia-AEHMKibC>

da vittorie in altre gare.

Prepararsi alle gare in tal senso, sfruttando gli strumenti ordinari già concessi dalla normativa e senza la necessità di normative ad hoc, sarebbe una scelta molto più lungimirante per il settore, anche per svincolarsi dal dover dipendere dagli umori di una politica che ha promesso per anni cose che sapeva di non poter mantenere.

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.