

Prof. Avv. Stefano Zunarelli
Founding Partner
stefano.zunarelli@studiozunarelli.com

SEDE DI BOLOGNA
Via Santo Stefano, 43
40125 - Bologna
Tel 051 27 50 020

Bologna
Via Santo Stefano, 43

Roma
P.zza dei Santi Apostoli, 66

Milano
Viale Bianca Maria, 21

Trieste
Via San Nicolò, 19

Ravenna
Via Ponte Marino, 10

Shanghai – P.R. China
Jing'an China Tower, Unit 1209,
1701 West Beijing rd,
Jing'an District

Bari
Piazza G. Garibaldi n. 6

La Spezia
Via Tommaseo, 25

Palermo
Via Principe di Villafranca, 50

Parma
Via XXII Luglio, 60

Pemba - Moçambique
Rua Jerónimo Romero 74
Cabo Delgado



FEDERBALNEARI
00144 ROMA

Alla c. a. del Presidente, Marco Maurelli

Bologna, 15 gennaio 2021

Mi si chiede

Quali argomentazioni possano essere poste a fondamento di una contestazione dei rilievi formulati nella lettera di messa in mora della Commissione Europea al Governo Italiano del 3 dicembre 2020 (2020/4118 C (2020) 7826 final) relativa alla legislazione nazionale italiana di proroga della durata delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per attività ricreative e turistiche

1 – Il dato legislativo vigente.

Come è noto, il comma 682 dell'art. 1 della Legge 30 dicembre 2018, n. 145 stabilisce che *“Le concessioni disciplinate dal comma 1 dell'articolo 01 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, 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”*. Il successivo comma 683 stabilisce ulteriormente che *“al fine di garantire la tutela e la custodia delle coste italiane affidate in concessione, quali risorse turistiche fondamentali del Paese, e tutelare l'occupazione e il reddito delle imprese in grave crisi per i danni subiti dai cambiamenti climatici e dai conseguenti eventi calamitosi straordinari, le concessioni di cui al comma 682, vigenti alla data di entrata in vigore del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25, nonché quelle rilasciate successivamente a tale data a seguito di una procedura amministrativa attivata anteriormente al 31 dicembre 2009 e per le quali il rilascio è avvenuto nel rispetto dell'articolo 18 del decreto del Presidente della Repubblica 15 febbraio 1952, n. 328, o il rinnovo*

è avvenuto nel rispetto dell'articolo 02 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, hanno una durata, con decorrenza dalla data di entrata in vigore della presente legge, di anni quindici”.

Il D.L. 19 maggio 2020, n. 34, così come modificato con la Legge di conversione 17 luglio 2020, n. 77, contiene al secondo comma dell'art. 182, recante la rubrica “*Ulteriori misure di sostegno per il settore turistico*”, una norma in cui si stabilisce che “*fermo restando quanto disposto nei riguardi dei concessionari dall'articolo 1, commi 682 e seguenti, della legge 30 dicembre 2018, n. 145, per le necessità di rilancio del settore turistico e al fine di contenere i danni, diretti e indiretti, causati dall'emergenza epidemiologica da COVID-19, le amministrazioni competenti non possono avviare o proseguire, a carico dei concessionari che intendono proseguire la propria attività mediante l'uso di beni del demanio marittimo, lacuale e fluviale, i procedimenti amministrativi per la devoluzione delle opere non amovibili, di cui all'articolo 49 del codice della navigazione, per il rilascio o per l'assegnazione, con procedure di evidenza pubblica, delle aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. L'utilizzo dei beni oggetto dei procedimenti amministrativi di cui al periodo precedente da parte dei concessionari è confermato verso pagamento del canone previsto dall'atto di concessione e impedisce il verificarsi della devoluzione delle opere”.*

La disposizione che si è riportata, nel ribadire la perdurante piena vigenza delle disposizioni legislative che estendono fino al 31 dicembre 2033 la durata delle concessioni demaniali marittime in essere, detta alcune importanti prescrizioni alle amministrazioni concedenti, indicando i comportamenti da cui le stesse si devono astenere.

Da ultimo, si ricorda come con il D.L. 14 agosto 2020, n. 104 convertito con Legge 13 ottobre 2020, n. 126 (“*Misure urgenti per il sostegno e il rilancio dell'economia*”) si sia stabilito al comma 1 dell'art. 100 (“*Concessioni del demanio marittimo, lacuale e fluviale*”) che “*le disposizioni di cui all'articolo 1, commi 682 e 683, della legge 30 dicembre 2018, n. 145, si applicano anche alle concessioni lacuali e fluviali, ivi comprese quelle gestite dalle società sportive iscritte al registro Coni di cui al decreto legislativo 23 luglio 1999 n. 242, nonché alle concessioni per la realizzazione e la gestione di strutture dedicate alla nautica da diporto, inclusi i punti d'ormeggio, nonché ai rapporti aventi ad oggetto la gestione di strutture turistico ricreative in aree ricadenti nel demanio marittimo per effetto di provvedimenti successivi all'inizio dell'utilizzazione”.*

La disposizione che si è riportata, nel ribadire ulteriormente la perdurante piena vigenza delle disposizioni legislative che estendono fino al 31 dicembre 2033 la durata delle concessioni demaniali marittime in essere, senza che sia fatta alcuna distinzione in relazione al soggetto competente al rilascio delle stesse ed all'attività ivi esercitata, conferma, altresì che la stessa trova applicazione anche in relazione alle concessioni relative alla realizzazione e alla gestione di strutture destinate alla nautica da diporto.

Dall'insieme delle disposizioni legislative in precedenza riportate si ricava come non possano esservi dubbi in merito alla perdurante vigenza nel nostro ordinamento delle disposizioni, contenute nei commi 682 e 683 dell'art. 1 della Legge n. 145/2018 relative alla estensione quindicennale (e quindi fino al 31 dicembre 2033) della durata delle concessioni demaniali marittime.

2 – Osservazioni critiche in merito ai rilievi formulati nella lettera di messa in mora della Commissione Europea al Governo Italiano del 3 dicembre 2020

Una volta descritta la più recente produzione legislativa relativa alla estensione della durata delle concessioni demaniali marittime, si procederà ora ad un'analisi critica dei rilievi formulati nella lettera di messa in mora della Commissione Europea al Governo Italiano del 3 dicembre 2020 (d'ora in avanti la "Lettera della Commissione"), seguendo l'ordine con cui detti rilievi sono esposti nella stessa Lettera della Commissione.

2.1. – Con riferimento alle considerazioni di cui alla Parte Introduttiva della Lettera della Commissione

- La Commissione sottolinea che *"le concessioni prorogate dalla legislazione italiana sono impugnabili e soggette ad annullamento da parte dei tribunali italiani"*. Preme sottolineare che, con l'affermazione che si è riportata, la Commissione riconosce che le concessioni rilasciate sulla base della normativa di proroga mantengono la propria efficacia laddove (e fino a quando) non siano annullate dagli organi giurisdizionali competenti al riguardo, previa presentazione di un ricorso da parte di un soggetto all'uopo legittimato ed entro i termini temporali al riguardo previsti.

Nello stesso senso, peraltro, si è espressa la giurisprudenza amministrativa di gran lunga prevalente. Al riguardo, tra le tante, si ricorda la recente pronuncia del TAR Puglia-Lecce, Sez. I, che con la sentenza n. 1321/2020 del 27 novembre 2020, ha opportunamente puntualizzato che "può ... ritenersi che il provvedimento amministrativo adottato in conformità alla legge nazionale ma in

violazione di direttiva autoesecutiva o di regolamento U.E., secondo l'orientamento giurisprudenziale largamente prevalente, costituisca atto illegittimo e non già atto nullo, con conseguente sua annullabilità da parte del Giudice Amministrativo (previa disapplicazione della norma nazionale), su eventuale ricorso che potrà essere proposto da un soggetto per il quale ricorrano i presupposti della legittimazione e dell'interesse a ricorrere. Per il caso di conflitto della norma nazionale con norma comunitaria immediatamente efficace ed esecutiva deve quindi ritenersi sussistere l'obbligo di disapplicazione della norma interna in favore di quella U.E., interpretata nel senso vincolativamente indicato da eventuale sentenza della C.G.U.E...

La Commissione afferma che *“le autorità locali hanno il dovere di rifiutarsi di rinnovare le concessioni in linea con l'obbligo, che incombe a tutte le autorità nazionali, di adoperarsi al massimo per dare attuazione al diritto dell'UE e conformarsi alle sentenze della CGUE”*. L'affermazione non è condivisibile. Le norme di cui alla Legge n. 145/2018, n. 77/2020 e n. 126/2020 non sono mai state oggetto di pronuncia da parte della Corte di Giustizia UE. In ogni caso, in base all'ordinamento italiano, soltanto il giudice è competente per disapplicare una legge oggetto di (specifica) censura da parte della Corte di Giustizia UE. Le autorità amministrative italiane di volta in volta competenti, pertanto, non potranno che dare applicazione alle leggi nazionali in vigore, tra cui rientrano senz'altro quelle da ultimo menzionate. Al riguardo, si ricordano i convincenti rilievi formulati dalla già ricordata sentenza del TAR Puglia-Lecce, Sez. I, n. 1321/2020 del 27 novembre 2020, in cui si è osservato che *“non può ... riconoscersi natura interpretativa vincolante ad una relativamente recente pronuncia della Corte di Giustizia nella quale risulta affermato il principio secondo cui la prevalenza della norma unionale su quella nazionale comporterebbe l'obbligo di disapplicazione di quella interna da parte dello stato membro “in tutte le sue articolazioni” ovvero sia da parte del giudice che da parte dell'amministrazione. Appare infatti evidente che tale statuizione della C.G.U.E. non possa ritenersi ... di natura interpretativa di una specifica direttiva o regolamento U.E. e che comunque, a prescindere da ogni altra considerazione, tale statuizione risulti ultronea e non vincolante. Ed invero per sentenza interpretativa del diritto dell'Unione non può che intendersi una pronuncia volta a chiarire la portata e la ratio legis di una statuizione specifica e non già una qualsiasi affermazione di carattere generale volta a condizionare in senso vincolante e limitativo l'attività decisionale del giudice interno o della pubblica amministrazione, funzioni che invece soggiacciono a norme e a regole processuali inderogabili previste dall'ordinamento nazionale. ... La disapplicazione di una norma di legge costituisce il risultato di un'attività di interpretazione abrogativa. Tra le varie tecniche interpretative (letterale, logico-sistemica, analogica (analogia legis e analogia juris), storico-sistemica,*

autentica (riservata in tal caso al Legislatore) e abrogativa, quest'ultima rappresenta aspetti più problematici, perché può condurre ad una violazione delle regole, dei ruoli e delle competenze attribuiti dall'ordinamento rispettivamente al Giudice e al Legislatore. Occorre pertanto che dell'interpretazione abrogante venga fatto un uso molto prudente, perché in nessun caso è consentito al Giudice e, ancor meno, all'amministrazione di sottrarsi all'obbligo di osservanza della legge. L'interpretazione abrogante pertanto è consentita solo ed esclusivamente in presenza della contemporanea vigenza di due norme in conflitto insanabile tra loro; perché si abbia un conflitto insanabile è necessario che non risulti possibile dirimere il conflitto - in una prospettiva di coerenza e completezza dell'ordinamento - ovvero facendo applicazione di regole precise e consolidate, quali quelle che fanno prevalere - ad esempio - la norma speciale successiva su quella generale precedente. Al di fuori di siffatta particolare ipotesi - di difficile e rara configurazione, il ricorso all'interpretazione abrogante non è dunque consentito al Giudice così come - a maggior ragione - alla Pubblica Amministrazione. Proprio in ragione della delicatezza e complessità della interpretazione abrogativa in ipotesi finalizzata alla disapplicazione della norma, l'ordinamento nazionale attribuisce al Giudice la facoltà, ricorrendo determinati presupposti, di sospensione del giudizio e rimessione degli atti alla Corte Costituzionale laddove il contrasto ricorra con riferimento ad una norma della Costituzione. La disapplicazione attiene viceversa alla decisione del caso concreto e non è pertanto idonea a determinare un effetto erga omnes. Anche l'ordinamento euro-unionale, proprio in vista dell'eventuale disapplicazione da parte del giudice della norma nazionale in conflitto con la norma comunitaria, attribuisce allo stesso il potere di sospensione del giudizio e di rinvio pregiudiziale degli atti alla Corte di Giustizia. La facoltà di trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale e quella di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia sono funzioni strumentali e ancillari rispetto al potere di disapplicazione della norma nazionale, riconosciuto al Giudice. Al fine di stabilire chi possa o debba disapplicare la norma nazionale in conflitto con la normativa comunitaria appare dirimente considerare che le predette facoltà di trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale e di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, in quanto prodromiche e funzionali rispetto alla eventuale successiva determinazione di disapplicare la norma interna, non sono invece attribuite alla pubblica amministrazione e, per essa, al dirigente o funzionario preposto. Proprio tale considerazione induce a ritenere che la norma nazionale, ancorché in conflitto con quella euro-unionale, risulti pertanto vincolante per la pubblica amministrazione e, nel caso in esame, per il dirigente comunale, che sarà tenuto ad osservare la norma di legge interna e ad adottare provvedimenti conformi e coerenti con la norma di legge nazionale. Occorre inoltre considerare che la disapplicazione della norma nazionale

da parte del giudice si inserisce in un contesto coerente e tendenzialmente unitario, quale quello proprio del sistema di tutela giurisdizionale offerto dall'ordinamento, che - attraverso il ricorso ai mezzi di impugnazione ordinaria e straordinaria - garantisce uniformità di applicazione della norma sul territorio nazionale, laddove la disapplicazione vincolata ed automatica disposta dalle singole pubbliche amministrazioni determinerebbe una situazione caotica ed eterogenea, nonché caratterizzata in ipotesi da disparità di trattamento tra gli operatori a seconda del comune di riferimento. Né può valere in senso contrario il considerare la posizione di inadempimento dello stato membro rispetto agli obblighi derivanti dalla sottoscrizione del trattato, perché trattasi di profili che corrono su piani paralleli, autonomi ed interdipendenti fra loro. Senza peraltro dimenticare (ad ulteriore significazione della complessità delle questioni coinvolte) che nello specifico la Corte di Giustizia, in varie pronunce, ha riconosciuto la doverosa tutela del principio del legittimo affidamento del titolare di concessione demaniale marittima con riferimento a rapporti concessori in essere che siano sorti in epoca antecedente rispetto alla data di adozione della direttiva servizi (con ciò rendendosi evidente come non sia coerente neanche con il sistema delineato dall'ordinamento euro-unionale una astratta determinazione dell'autorità comunale che si esprima astrattamente pro o contro il regime di proroga di cui trattasi). In conclusione rileva il Collegio che risulterebbe del tutto illogico ritenere che il potere di disapplicazione della legge nazionale, attribuito prudentemente al giudice dall'ordinamento interno e dall'ordinamento euro-unionale e supportato all'uopo dalla specifica attribuzione di poteri ad esso funzionali e prodromici, si ritenesse viceversa sic et simpliciter attribuito in via automatica e addirittura vincolata al dirigente comunale, che non dispone (e non a caso) della possibilità di ricorrere all'ausilio di tali facoltà".

- La Commissione afferma che *"la legislazione italiana impedisce alle comunità locali italiane di ottenere un congruo corrispettivo per il reddito generato sul suolo pubblico, corrispettivo che le autorità locali non hanno di conseguenza a disposizione per investire in servizi per le comunità locali e a vantaggio dei loro cittadini. L'impatto negativo diretto sui bilanci pubblici della vigente legislazione italiana in violazione del diritto dell'UE pone interrogativi importanti in un momento in cui l'Italia prevede di utilizzare ingenti fondi dell'UE per sostenere il settore del turismo e le comunità locali che spesso dipendono da esso".*

La Commissione non sembra considerare, in primo luogo, che l'ammontare del canone di concessione è determinato direttamente dalla legge nazionale, ed in particolare dal Decreto Legge 5

ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, più volte successivamente modificato ed integrato, mentre la scelta del concessionario, in base all'art. 37 del codice della navigazione, avviene applicandosi il criterio di valutazione della maggiore garanzia di proficua utilizzazione della concessione e in relazione si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un al più rilevante interesse pubblico corrispondente all'uso che dell'area ottenuta in concessione intenda fare il concessionario. Solo laddove tutte le richieste per il rilascio di nuove concessioni demaniali marittime per attività turistico-ricreative è data preferenza, al fine della tutela dell'ambiente costiero, *"alle richieste che importino attrezzature non fisse e completamente amovibili"*.

L'eventuale introduzione di un sistema di gara pubblica non determinerebbe, quindi, alcun incremento dei corrispettivi generati dal rilascio delle concessioni demaniali marittime, i quali sono puntualmente individuati dalla legge (senza alcun margine di discrezionalità in capo all'amministrazione, cui è solo attribuito il compito di "qualificare" il bene demaniale come ad "alta" o "normale" valenza turistica), sulla base di un meccanismo che, a quasi un trentennio dalla sua introduzione, non è mai stato oggetto di contestazioni da parte della Commissione UE.

La Commissione sembra non considerare, in secondo luogo, che gli importi dei canoni delle concessioni demaniali marittime non vengono versati agli enti locali che rilasciano le concessioni stesse, ma allo Stato (ed in particolare al Ministero dell'Economia e delle Finanze/Agenzia delle Entrate), in quanto proprietario dell'area demaniale. Può, quindi, affermarsi che gli Enti Locali non trarrebbero beneficio da un eventuale aumento dei canoni demaniali, che, comunque, si è visto non deriverebbe in alcun modo dall'introduzione di un meccanismo di gara pubblica per la scelta del concessionario.

2.2. - Con riferimento al contenuto del Paragrafo 1 della Lettera della Commissione UE ("Diritto dell'UE")

- **(a) Le aree demaniali marittime lungo le coste italiane non sono una "risorsa naturale scarsa" ai sensi dell'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE**

La Lettera della Commissione, nel riportare il testo dell'articolo 12 della Direttiva 2006/123/CE (d'ora in avanti, come anche nella Lettera della Commissione, anche solo "la Direttiva sui servizi"), sembra dare per scontata l'applicazione della norma in questione a tutte le concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreativa in essere nei territori costieri italiani. Viene, quindi, riportato il solo

dispositivo della sentenza della Corte di Giustizia UE (Quinta Sezione) del 14 luglio 2016 nelle cause riunite C-458/14 e C-67/15 (Promoimpresa).

La Commissione omette di considerare, tuttavia, che la stessa Corte di Giustizia UE, nella menzionata decisione, aveva avuto cura di sottolineare che *“per quanto riguarda ... la questione se dette concessioni debbano essere oggetto di un numero limitato di autorizzazioni per via della scarsità delle risorse naturali, spetta al giudice nazionale verificare se tale requisito sia soddisfatto”*. Il legislatore italiano, negli interventi legislativi successivi alla sentenza in questione, si è puntualmente fatto carico di tale aspetto. L’art. 1 della Legge n. 145/2018, infatti, dopo aver stabilito *“al fine di tutelare, valorizzare e promuovere il bene demaniale delle coste italiane, che rappresenta un elemento strategico per il sistema economico, di attrazione turistica e di immagine del Paese, in un’ottica di armonizzazione delle normative europee, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottare entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e del Ministro delle politiche agricole alimentari, forestali e del turismo, di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze, sentiti il Ministro dello sviluppo economico, il Ministro per gli affari europei, il Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare, il Ministro per gli affari regionali e la Conferenza delle regioni e delle province autonome, sono fissati i termini e le modalità per la generale revisione del sistema delle concessioni demaniali marittime”* (comma 675), prevede espressamente che *“Il decreto di cui al comma 675, in particolare, stabilisce le condizioni e le modalità per procedere:*

- a) alla ricognizione e mappatura del litorale e del demanio costiero-marittimo;*
- b) all’individuazione della reale consistenza dello stato dei luoghi, della tipologia e del numero di concessioni attualmente vigenti nonché delle aree libere e concedibili”* (comma 676), riconoscendo al riguardo un termine di due anni (comma 678) dalla emanazione (non ancora avvenuta) del decreto di cui al comma 675.

Il legislatore italiano ha, quindi, già espressamente prefigurato che, con riferimento a larga parte (se non alla totalità) delle aree del demanio costiero italiano, non sussistono i presupposti per l’applicazione dell’art. 12 della Direttiva sui servizi. Ben si comprende, per quale ragione il legislatore italiano abbia ritenuto di potere stabilire un regime che consente un qualche tipo di beneficio (estensione della durata della concessione) ai soggetti attualmente concessionari, al ricorrere di determinate condizioni.

Né può assumere rilievo, in senso contrario, l’osservazione della Corte di Giustizia UE per cui *“il fatto che le concessioni di cui ai procedimenti principali siano rilasciate a livello non nazionale bensì*

comunale deve, in particolare, essere preso in considerazione al fine di determinare se tali aree che possono essere oggetto di uno sfruttamento economico siano in numero limitato". L'osservazione non è pertinente in quanto, in base all'ordinamento costituzionale italiano, la competenza legislativa e regolamentare in materia di turismo e di assetto del territorio è attribuita alle regioni (e non ai comuni) e, conseguentemente, è con riferimento a livello di ciascuna regione che andrà (eventualmente) effettuata la preliminare verifica circa la scarsità o meno delle risorse naturali disponibili, come opportunamente ha disposto la Legge n. 145/2018 e come in effetti alcune regioni hanno già iniziato a fare.

- **(b) Le concessioni demaniali marittime non sono "autorizzazioni" ai sensi della Direttiva sui servizi**
La Commissione riporta, poi, il testo del considerando 39 della Direttiva sui servizi, nel quale si ricomprendono, tra le diverse tipologie di atti riconducibili alla categoria delle "autorizzazioni" di cui alla definizione contenuta nell'art. 4 punto 6, anche le "concessioni". Tale posizione non tiene conto del fatto che, all'epoca (anno 2006) in cui fu approvata la Direttiva sui servizi, non era ancora stata approvata la Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione. Il considerando 15 di tale ultima direttiva così recita: *"(...) [T]aluni accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, quali terreni o qualsiasi proprietà pubblica, in particolare nel settore dei porti marittimi o interni o degli aeroporti, mediante i quali lo Stato oppure l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore fissa unicamente le condizioni generali d'uso senza acquisire lavori o servizi specifici, non dovrebbero configurarsi come concessioni ai sensi della presente direttiva. Ciò vale di norma per i contratti di locazione di beni o terreni di natura pubblica che generalmente contengono i termini che regolano la presa di possesso da parte del conduttore, la destinazione d'uso del bene immobile, gli obblighi del locatore e del conduttore per quanto riguarda la manutenzione del bene immobile, la durata della locazione e la restituzione del possesso del bene immobile al locatore, il canone e le spese accessorie a carico del conduttore».*

I contratti di locazione (ed assimilabili) si pongono, quindi, nel diritto dell'unione europea, al di fuori dell'ambito di applicazione sia della Direttiva sui servizi (Direttiva 2006/123/CE) che della Direttiva sulle concessioni (Direttiva 2014/23/UE).

A quest'ultima tipologia di rapporti (rapporti di locazione ed assimilabili) risulta, per l'appunto, riconducibile il rapporto derivante da una concessione di beni del demanio marittimo.

Tale affermazione trova puntuale conferma dall'analisi della normativa in materia vigente in Italia, da cui emerge che il legislatore ha concepito come oggetto delle concessioni demaniali marittime "*l'occupazione e l'uso [...] di beni demaniali*" (art. 36 c. nav.) e non già i servizi sugli stessi beni esercitati.

La necessità di configurare le concessioni demaniali marittime come concessioni di beni (e non già come autorizzazioni di servizi), e quindi sostanzialmente assimilabili ai rapporti di locazione, risulta in maniera ancora più evidente dall'analisi del testo del vigente Regolamento per l'esecuzione del codice della navigazione (navigazione marittima) approvato con d.P.R. 15 febbraio 1952, n. 328. Significative, al riguardo, appaiono, in particolare, le disposizioni ivi contenute all'art. 19 ("Nell'atto di concessione devono essere indicati: 1. l'ubicazione, l'estensione e i confini del bene oggetto della concessione"); all'art. 28 ("Il concessionario è obbligato a consentire l'accesso nei beni concessigli e nelle opere eseguite al personale civile e militare del dell'amministrazione centrale e locale delle infrastrutture e dei trasporti [...] e delle altre amministrazioni dello stato"); all'art. 31 ("[...] il concessionario [...] ha l'obbligo di provvedere ... alla rimessa in pristino e alla riconsegna dei beni concessigli") e all'art. 34 ("Dopo l'approvazione dell'atto di concessione il capo del compartimento [...] immette il concessionario nel possesso del bene concesso. La consegna risulta da processo verbale. Le stesse norme si applicano per la riconsegna da parte del concessionario alla cessazione della concessione"). Trattandosi, come appare evidente, di concessioni di beni, e non già di autorizzazioni all'esercizio di servizi, e quindi di un rapporto sostanzialmente assimilabile alla locazione, la Direttiva sui servizi non risulta applicabile con riferimento alle concessioni di beni del demanio marittimo.

Inoltre, si sottolinea come il fatto che, come si è già evidenziato, i canoni delle concessioni demaniali marittime non vengano versati agli enti locali che rilasciano le concessioni stesse, ma allo Stato, in quanto proprietario dell'area demaniale, risulti un chiaro elemento sintomatico della natura di concessione di beni, assimilabili ai rapporti di locazione, delle concessioni demaniali marittime nell'ordinamento italiano. Ciò è ulteriormente confermato, tra l'altro, dal fatto che l'ammontare del canone di concessione è determinato in relazione alla tipologia e al valore del bene concesso, appare connaturato ad un rapporto assimilabile a quello di locazione, e non alle caratteristiche dell'attività "autorizzata", come risulterebbe logico laddove il rapporto avesse effettivamente natura di autorizzazione.

Preme ricordare come, in effetti, la stessa Corte di Giustizia fosse già in precedenza pervenuta alla medesima conclusione, allorché, con riferimento ad una concessione demaniale marittima pure

rilasciata dalla competente autorità italiana ai sensi delle disposizioni contenute nel codice della navigazione (e relativa ad area in cui era svolta attività cantieristica), ha affermato che *«la caratteristica fondamentale del rapporto in parola, comune con la locazione di bene immobile, consiste nel mettere a disposizione una superficie, specificamente una parte del demanio marittimo, dietro corrispettivo, garantendo all'altra parte contrattuale il diritto di occuparlo e di utilizzarlo e di escludere le altre persone dal godimento di un tale diritto»*. Tali elementi *«inducono ad assimilare un rapporto quale quello di cui trattasi ... alla locazione di beni immobili»* (Corte di Giustizia, Seconda Sezione, 25 ottobre 2007, in Causa C-174/06).

Sulla base di quanto si è in precedenza evidenziato risulta evidente che i rapporti di concessione di beni del demanio marittimo disciplinate dal codice della navigazione italiano non rientrano nel campo di applicazione della Direttiva sui servizi.

2.3 - Con riferimento al contenuto del Paragrafo 2 della Lettera della Commissione UE ("Legislazione nazionale")

Nella propria lettera di messa in mora del 3 dicembre 2020 la Commissione si dichiara *“consapevole del fatto che, come hanno confermato anche le più elevate istanze giudiziarie, nelle singole cause dinanzi ai tribunali nazionali tali proroghe [i.e. quelle riconosciute dal D.L. n. 194/2009 e dal D.L. 113/2016] non sono state applicate e le concessioni sono state considerate scadute. Tuttavia nella maggior parte dei casi, in particolare in assenza di singole controversie specifiche, le pubbliche amministrazioni hanno considerato tali concessioni ancora valide e ai concessionari uscenti sono stati applicati i corrispondenti diritti ed obblighi”*. (Lettera Commissione, p. 5).

La ricostruzione operata dalla Commissione non appare corretta sulla base del diritto italiano. Se, infatti, vi sono alcune isolate sentenze che hanno ritenuto comunque scadute le concessioni, pur in presenza delle ricordate norme legislative di proroga, la massima parte della giurisprudenza ha ritenuto prorogate direttamente ex lege le concessioni disciplinate dai testi legislativi da ultimo menzionati (TAR Campania – Napoli, sentenza del 14 febbraio 2017, n. 911; TAR Toscana, sentenza del 9 novembre 2020, n. 1377; Trib. Venezia, sentenza dell'8 aprile 2020, n. 635. Cfr. già TAR Campania-Salerno sentenza 27 settembre 2011, n. 1586) ovvero ancora, comunque, efficaci e definitivamente consolidati gli atti di proroga rilasciati dalle amministrazioni competenti, pur se in contrasto con l'ordinamento eurounionale, laddove non impugnati entro i termini previsti dalla

normativa nazionale italiana (Cons. Stato, sez. VI sentenza del 18 novembre 2019, n. 7874). Non si è trattato, quindi, da parte delle amministrazioni competenti, di una mera “tolleranza” di una situazione di fatto (asseritamente illegittima), come sembrerebbe ritenere la Commissione, ma della presa d’atto degli effetti giuridici che, in base ai principi dell’ordinamento italiano, si sono determinati a seguito dell’emanazione della legge nazionale di proroga delle concessioni e dell’omessa impugnazione della proroga stessa da parte di eventuali controinteressati.

La Commissione aggiunge, poi, di essere *“a conoscenza del fatto che, in riferimento al regime giuridico precedente al decreto-legge n. 34/2020, i giudici italiani hanno stabilito che la proroga automatica ex lege prevista dalla legge di bilancio è in contrasto con il diritto dell’UE quale interpretato nella sentenza Promoimpresa e hanno ricordato alle amministrazioni che hanno il dovere di disapplicare il diritto nazionale in contrasto con il diritto dell’UE”* (Lettera Commissione, p. 6).

Tale affermazione della Commissione risulta solo parzialmente esatta, in quanto l’isolata sentenza cui si fa riferimento risulta contraddetta dalle altre successive decisioni della giurisprudenza amministrativa (Cfr. le già citate sentenze TAR Puglia-Lecce, Sez. I, n. 1321/2020 del 27 novembre 2020; TAR Campania – Napoli, del 14 febbraio 2017, n. 911 e TAR Toscana, del 9 novembre 2020, n. 1377).

2.4 Con riferimento al contenuto del Paragrafo 3 della Lettera della Commissione UE (“Valutazione della Commissione”)

(a) Superabilità della contestazione relativa all’applicabilità dell’art. 12 della Direttiva Servizi per assenza della scarsità delle risorse naturali disponibili

Nella propria Lettera del 3 dicembre 2020 la Commissione *“osserva che la legislazione nazionale oggetto di questa lettera di costituzione in mora è generalmente applicabile a tutte le concessioni balneari in Italia. Questo è particolarmente evidente nelle disposizioni contenute nell’articolo 1, comma 18, del decreto-legge n. 194/2009, nell’articolo 24, comma 3-septies del decreto-legge n. 113/2016 e nelle proroghe di cui all’articolo 1, commi 682 e 683, della legge di bilancio ... Queste disposizioni sono di natura generale e assoluta e non tengono conto né delle specificità locali (ad esempio non vi è alcuna disposizione che limiti tali proroghe alle zone in cui le risorse non sono limitate) né di eventuali valutazioni effettuate nel contesto delle attività di mappatura e di revisione svolte a norma dei commi 677 e 678 della legge di bilancio. La Commissione ritiene pertanto che la legislazione nazionale in*

questione inevitabilmente riguardi concessioni aventi ad oggetto risorse che devono essere considerate scarse in base ai criteri stabiliti dall'articolo 12 della DS e specificati nella sentenza della CGUE” (Lettera Commissione, p. 8).

Al fine di superare l'indicata obiezione della Commissione potrà risultare sufficiente evidenziare come il procedimento di “*ricognizione e mappatura del litorale e del demanio costiero-marittimo*” nonché di “*individuazione della reale consistenza dello stato dei luoghi, della tipologia e del numero di concessioni attualmente vigenti nonché delle aree libere e concedibili*” previsto dall'art. 1 comma 676 della Legge n. 145/2018 risulti finalizzato proprio all'individuazione delle situazioni in cui si riscontri una “*limitazione delle risorse disponibili*”. In ogni caso, l'assunzione da parte dello Stato italiano dell'impegno a introdurre norme legislative che introducano una espressa specificazione al riguardo, anche con riferimento ai soggetti competenti (le regioni?) ad effettuare la valutazione di detta limitatezza potrà risultare sufficiente a superare l'obiezione in questione, eventualmente accompagnata anche dalla indicazione legislativa dei criteri di massima da utilizzarsi per tale valutazione.

(b) Superabilità della contestazione in merito alla pretesa violazione dell'art. 49 TFUE per mancata esclusione dell'esistenza di un interesse transfrontaliero certo

Nella propria Lettera del 3 dicembre 2020 la Commissione ritiene, inoltre che “*la legislazione nazionale in questione non distingue tra situazioni in cui esiste un interesse transfrontaliero certo e situazioni in cui tale interesse non esiste, per cui ha ad oggetto anche situazioni che rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 49 TFUE*” (Lettera Commissione, p. 8).

Si deve osservare, in primo luogo, che la prospettiva nella quale la Commissione considera la presenza (o meno) dell'interesse transfrontaliero certo non risulta corretta.

La disposizione di cui all'art. 49 TFUE stabilisce che “*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 autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, 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”.

La disposizione che stabilisce la libertà di stabilimento opera in relazione ad ogni atto di uno stato membro che trovi applicazione (anche) con riferimento a situazioni che presentano un "interesse transfrontaliero certo". La presenza di un "interesse transfrontaliero certo" si pone, infatti, quale limite all'applicazione di eventuali norme nazionali che non risultino in sintonia con i principi di trasparenza, uguaglianza e pubblicità. Le norme in questione non risultano, per tale solo fatto, in contrasto con l'ordinamento eurounitario, ma illegittima risulta la loro applicazione in relazione a situazioni che presentino, in concreto, un "interesse transfrontaliero certo".

Sarà, quindi, compito dell'autorità amministrativa (laddove si trovi ad applicare questo genere di norme) accertarsi che, nel caso di specie, non si sia in presenza di un tale tipo di situazioni e, se del caso, attivare i rimedi (sul piano amministrativo o giudiziario) previsti dall'ordinamento nazionale applicabile.

L'art. 49 TFUE si pone, in definitiva, come limite esterno all'applicabilità delle norme nazionali che disciplinano (anche) situazioni che presentano un "interesse transfrontaliero certo", senza la necessità che nelle stesse ciò sia esplicitato. Una norma nazionale, quindi, non può essere considerata in violazione dell'art. 49 TFUE per il solo fatto che non impone all'amministrazione che sia chiamata ad applicarla la valutazione circa l'assenza, nel caso concreto, di un "interesse transfrontaliero certo". Solo l'atto applicativo della norma nazionale in contrasto con l'art. 49 TFUE con riferimento ad un'ipotesi in cui, nella valutazione del giudice cui sia sottoposta la vicenda, sussista un interesse transfrontaliero certo determinerà l'illegittimità dell'atto per violazione dell'art. 49 TFUE.

A ben vedere, la ricostruzione che si è prospettata è stata adottata anche dalla Corte di Giustizia UE nella sentenza (più volte richiamata nella Lettera della Commissione) del 16 luglio 2016 sul caso "Promoimpresa", in cui la stessa Corte di Giustizia UE indica, quale necessario presupposto per l'applicazione della disciplina europea dalla stessa richiamata, l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo. La Corte, infatti, specifica chiaramente, al Paragrafo 65, che *"qualora siffatta concessione presenti un interesse transfrontaliero certo, la sua assegnazione in totale assenza di trasparenza ad un'impresa con sede nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice costituisce una disparità di trattamento a danno di imprese con sede in un altro Stato membro che potrebbero essere interessate alla suddetta concessione"*. Nel successivo Paragrafo 66 la Corte puntualizza che, *"per quanto riguarda ... l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, occorre ricordare che quest'ultimo deve essere valutato sulla base di tutti i criteri rilevanti, quali l'importanza economica dell'appalto, il luogo della sua esecuzione o le sue*

caratteristiche tecniche, tenendo conto delle caratteristiche proprie dell'appalto in questione". La Corte, poi, nel pervenire alla conclusione per cui "dalle suesposte considerazioni risulta che l'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo" (Paragrafo 74), specifica che "la constatazione degli elementi necessari per consentire di valutare la sussistenza di un interesse transfrontaliero certo dovrebbe essere effettuata dal giudice del rinvio" (Paragrafo 68). Il riferimento della Corte al "giudice del rinvio" rende evidente come solo l'autorità giudiziaria cui l'ordinamento dello Stato membro attribuisce la competenza a valutare la legittimità dell'emanazione di un atto sulla base di una norma in contrasto con l'art. 49 TFUE sia tenuta ad accertare la sussistenza nel caso concreto di un "interesse transfrontaliero certo", effettuando una precisa valutazione degli elementi al riguardo rilevanti, e quindi debba annullare, in quanto illegittimo, l'atto emanato sulla base di detta norma. Quest'ultima, pertanto, non viene meno nella sua vigenza ed efficacia con riferimento a tutte le situazioni concrete in cui non si riscontri l'esistenza di un "interesse transfrontaliero certo".

L'impostazione che si è prospettata ha trovato riconoscimento anche nella giurisprudenza amministrativa. Il TAR Campania – Napoli, sentenza del 14 febbraio 2017, n. 911 ha, così, annullato l'atto del comune dichiarativo della estinzione della concessione per intervenuta scadenza del termine, osservando che "il provvedimento ritiene che la proroga automatica stabilita dal legislatore nazionale sia contraria all'ordinamento comunitario e possa essere disapplicata dagli uffici comunali, comportando la decadenza automatica della concessione. Tale presupposto è erroneo. Come statuito da ultimo dalla Corte giustizia UE, sez. V, 14/07/2016, n. 458 l'articolo 49 TFUE e l'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno, devono essere interpretati nel senso che non consentono a una misura normativa nazionale di prevedere un meccanismo di proroga automatica delle concessioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati. Tale incompatibilità delle proroghe automatiche non ha però portata generalizzata ma va riconosciuta, per espressa precisazione della Corte, quando tali concessioni presentino, in ragione delle relative caratteristiche geografiche ed economiche, un interesse transfrontaliero certo (quest'ultimo deve essere valutato sulla base di tutti i criteri rilevanti, quali "l'importanza economica dell'appalto, il luogo della sua esecuzione o

le sue caratteristiche tecniche, tenendo conto delle caratteristiche proprie dell'appalto in questione"). La valutazione sull'interesse transfrontaliero viene completamente omessa dall'amministrazione". In termini del tutto identici si è pronunciato anche il TAR Abruzzo – Pescara, con l'ordinanza 10 marzo 2020, n. 54.

La stessa Corte di Giustizia UE, sez. IV, nella sentenza del 26 settembre 2013, n. 539 sembra essersi concentrata sui provvedimenti adottati in relazione ai casi concreti piuttosto che sulle censure in astratto formulabili con riferimento a normativa astrattamente in contrasto con la libertà di stabilimento allorché ha statuito che *"l'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa regionale, come quella oggetto del procedimento principale, che pone limiti al rilascio delle autorizzazioni per l'apertura di nuovi esercizi di ottica ... purché le autorità competenti si avvalgano delle facoltà offerte dalla normativa di cui trattasi in maniera adeguata, rispettando criteri trasparenti e oggettivi, al fine di realizzare in modo coerente e sistematico le finalità perseguite da detta normativa ... circostanza che sarà compito del giudice nazionale accertare".*

In ogni caso, preme evidenziare come, al fine di superare l'indicata obiezione della Commissione, potrà risultare sufficiente l'assunzione da parte dello Stato italiano dell'impegno di introdurre norme legislative che introducano una espressa specificazione al riguardo, anche con riferimento ai soggetti competenti (anche in questo caso le regioni) ad effettuare la valutazione dell'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, eventualmente accompagnata anche dalla indicazione legislativa degli specifici criteri di massima da utilizzarsi per tale valutazione.

(c) Superabilità della contestazione relativa all'originaria assenza di una "procedura di selezione", anche ai fini dell'applicabilità dell'art. 12 comma 3 della Direttiva sui servizi

Nella propria Lettera del 3 dicembre 2020 la Commissione afferma che *"l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva sui servizi, che consente di tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di motivi imperativi di interesse generale, non può giustificare la proroga automatica delle autorizzazioni allorché, al momento della concessione iniziale delle autorizzazioni, non è stata organizzata alcuna procedura di selezione"* (Lettera, p. 9). L'affermazione, oltre che contraddittoria rispetto ai rilievi che la stessa Commissione formula alla p. 10 della propria Lettera (al riguardo si rinvia a quanto si osserverà *infra*, al par. f), non tiene conto del fatto che il testo originario del codice della navigazione italiano (artt. 36 e s.) ed il relativo regolamento d'attuazione – parte marittima, approvato con D.P.R. n. 328/1952 (art. 18) prevedono (e

prevedevano fin dalla loro entrata in vigore) una procedura di selezione nel caso in cui, a seguito della pubblicazione della istanza di concessione demaniale marittima, risultino interessati al rilascio della stessa una pluralità di soggetti. Le istanze concorrenti devono, infatti, essere comparate e valutate sulla base dei criteri delle *“maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione”* e della corrispondenza dell’uso prefigurato dal richiedente ad *“un più rilevante interesse pubblico”* (art. 37 comma 1 c.nav.). A tali criteri si è aggiunto, con la riforma realizzata con la L. n. 400/1993, quello della preferenza per le *“richieste che importino attrezzature non fisse e completamente amovibili”*.

Si prevedeva, poi, che *“quando non ricorrano tali ragioni di preferenza, per le concessioni di durata superiore al biennio o che importino impianti di difficile sgombero si procede a pubblica gara o a licitazione privata”* (art. 37 comma 2 c.nav., testo originario). Solo con la già menzionata riforma realizzata con la L. n. 400/1993 il riferimento alla gara pubblica (che mancava, peraltro, *ab origine* nel comma 3 dell’articolo menzionato, relativo alle concessioni di durata non superiore al biennio e che non importassero impianti di difficile sgombero) è stato eliminato, mantenendosi oggi soltanto (anche a seguito delle marginali modificazioni, con riferimento alla parte che in questa sede interessa, intervenute con l’art. 1, comma 18, del D.L. n. 194/2009), per tutte le tipologie di concessioni, quello alla procedura di licitazione privata (che, comunque, costituisce una forma di evidenza pubblica).

Come si vede, in realtà il regime dettato dal codice della navigazione prevede (e prevedeva nel suo testo originario) una forma di evidenza pubblica per la scelta del soggetto cui rilasciare la concessione dell’area demaniale con riferimento alla quale è presentata istanza, risultando fondata detta scelta su una procedura trasparente ed obiettiva. Pertanto, contrariamente a quanto affermato dalla Commissione, con riferimento alla sostanziale totalità degli attuali concessionari può dirsi che, al momento in cui gli stessi hanno ottenuto il rilascio della *“concessione iniziale”*, è stata *“organizzata”* un’adeguata *“procedura di selezione”*.

- (d) **Sussistenza degli ulteriori presupposti per l’applicabilità dell’art. 12 comma 3 della Direttiva sui servizi – Non configurabilità di *“una proroga automatica ... indistintamente applicabile a tutte le concessioni vigenti”* con riferimento all’art. 1 comma 683 della L. n. 145/2018.**

Nella propria lettera, la Commissione prosegue osservando che *“non è possibile invocare l’articolo 12, paragrafo 3, senza un’analisi caso per caso che consenta di valutare il legittimo affidamento dei titolari delle concessioni, come nel caso di “una proroga automatica istituita dal*

legislatore nazionale e applicata indiscriminatamente a tutte le autorizzazioni in questione". *Secondo il diritto europeo un legittimo affidamento può sorgere solo se un certo numero di condizioni rigorose sono soddisfatte. In primo luogo, rassicurazioni precise, incondizionate e concordanti, provenienti da fonti autorizzate ed affidabili, devono essere state fornite all'interessato dall'amministrazione. In secondo luogo, tali rassicurazioni devono essere idonee a generare fondate aspettative nel soggetto cui si rivolgono. In terzo luogo, siffatte rassicurazioni devono essere conformi alle norme applicabili"* (Lettera, p. 9).

Non appare esatto, in primo luogo, affermare che tutte le disposizioni oggetto di censura da parte della Commissione siano applicabili *"indiscriminatamente a tutte le autorizzazioni in questione"*, ovvero che *"le proroghe di cui ai commi 682 e 683 della legge di bilancio, ulteriormente estese dall'articolo 100 del decreto-legge n. 104/2020, comportano una proroga automatica di lunga durata indistintamente applicabile a tutte le concessioni vigenti, a prescindere dalla formulazione leggermente diversa dei due commi"* (lettera, p. 9).

L'art. 1 comma 683 della Legge n. 145, ad esempio, si riferisce esclusivamente alle concessioni demaniali marittime *"vigenti alla data di entrata in vigore del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194 ... e per le quali il rilascio è avvenuto nel rispetto dell'articolo 18 del decreto del Presidente della Repubblica 15 febbraio 1952, n. 328 ..."*. Il legislatore italiano ha, quindi, individuato una ben precisa categoria di soggetti (quelli titolari di concessioni rilasciate con procedura ad evidenza pubblica prima dell'entrata in vigore nell'ordinamento italiano della normativa che ha recepito la Direttiva sui servizi e prima, in particolare, dell'abolizione del c.d. diritto di insistenza del concessionario uscente) che sono, per l'appunto, i beneficiari della estensione della durata delle concessioni demaniali espressamente prevista dalla disposizione contenuta nel comma 683 dell'art. 1.

Sulla base della ricostruzione del dato normativo italiano che si è effettuata, poi, risulta evidente che, con riferimento a tale specifica tipologia di concessionari, vale a dire coloro che hanno ottenuto il rilascio della concessione nel vigore di una normativa nazionale italiana (di cui all'epoca nessuno contestava - né poteva contestare - la piena compatibilità con l'ordinamento europeo) che prevedeva il pieno riconoscimento del "diritto di insistenza" in capo agli stessi concessionari, costantemente e pacificamente applicato da tutte le amministrazioni competenti, si riscontra la sussistenza di tutte le *"condizioni"* menzionate dalla Commissione nella Lettera ai fini dell'applicazione dell'art. 12 comma 3 e del rilievo che lo stesso consente allo stato membro

di attribuire ai “*motivi imperativi di interesse generale*”, ivi incluso il legittimo affidamento del concessionario circa la durata del rapporto concessorio.

(e) (segue) : Piena assimilabilità della legislazione italiana di cui alla L. n. 145/2018 a quella introdotta in Spagna con il Reglamento General de Costas del 2014

Preme sottolineare, poi, come l’atteggiamento adottato dal legislatore italiano con le previsioni di cui all’art. 1 commi 682 e 683 della L. n. 145/2018 risulti pienamente corrispondente a quello adottato dal legislatore spagnolo (ed avallato dalla Commissione Europea) con il *Reglamento General de Costas* del 2014 (anch’esso approvato, si noti, vari anni dopo l’entrata in vigore della Direttiva sui servizi).

Con tale intervento normativo, infatti, è stata introdotta nell’ordinamento spagnolo una disposizione (art. 172) con la cui prima parte è stata prorogata la durata di tutte le concessioni rilasciate antecedentemente rispetto all’entrata in vigore della Legge n. 2/2013 del 29 maggio 2013 (vale a dire sostanzialmente tutte quelle all’epoca vigenti), e con la cui seconda parte è stata prorogata la durata dei diritti di occupazione (originariamente della durata di trenta anni) rilasciati ai sensi della prima disposizione transitoria della Legge n. 22/1988 del 28 luglio 1988. Quest’ultima previsione ha ad oggetto situazioni in cui, prima della riforma del 1988, la posizione di possesso del bene da parte del titolare era riconosciuta sostanzialmente senza termine di scadenza.

La durata della proroga è stata stabilita dal legislatore spagnolo per un periodo massimo che varia, a seconda delle diverse tipologie di concessioni e di diritti di occupazione, tra i 30 e i 75 anni (art. 174), suscettibile di essere ulteriormente esteso di un quinto allorché il concessionario assuma l’impegno di effettuare talune tipologie di investimento nell’area in concessione.

Non può non evidenziarsi come la normativa spagnola che si è riportata (nelle due diverse disposizioni in cui risulta articolata) non differisca (se non nella durata della proroga, incommensurabilmente maggiore) da quella adottata dal legislatore italiano. La previsione di cui alla prima parte dell’articolo 172 del Reglamento General de Costas (contenente una estensione generalizzata della durata delle concessioni vigenti) appare assimilabile a quella di cui all’art. 1 comma 682 della Legge n. 145/2018; la previsione di cui alla seconda parte dell’articolo 172 del Reglamento General de Costas (contenente una estensione della durata di rapporti in cui l’attribuzione del possesso del bene al privato originariamente non prevedeva un termine finale) appare assimilabile a quella di cui all’art. 1 comma 683 della Legge n. 145/2018.

Non si comprende per quale ragione la legislazione italiana sia stata oggetto di censura da parte della Commissione mentre il contrario sia avvenuto con riferimento alla legislazione spagnola.

Preme, da ultimo, segnalare come la legislazione di altri paesi membri dell'Unione Europea appaia distanziarsi in maniera ancor più accentuata di quella italiana dalle previsioni contenute nell'art. 12 della Direttiva sui servizi e nell'art. 49 del TFUE.

La disciplina in materia di concessioni demaniali marittime vigente in Portogallo (Decreto legge 226-A/2007 del 31 maggio 2007, attuativo della Legge n. 58/2005 - Lei da Água), così, prevede che, alla scadenza della concessione, il precedente concessionario possa esercitare un diritto di prelazione nel momento in cui si procede alla riassegnazione del titolo (art. 21 commi 7 e 8). Si stabilisce, in particolare, che il titolare del diritto di concessione possa manifestare all'autorità competente l'interesse a continuare a utilizzare il titolo almeno 1 anno prima della cessazione dello stesso, godendo del diritto di preferenza, qualora, entro 10 giorni dall'aggiudicazione concorsuale della concessione, manifesti l'intenzione di adempiere alle condizioni alle quali la stessa è stata aggiudicata. Inoltre, il comma 2 dell'articolo 35 dispone, peraltro, che, qualora il titolare della concessione originaria abbia realizzato investimenti aggiuntivi rispetto a quelli in origine previsti e venga dimostrato che non è stato possibile recuperare il valore di tali investimenti, possa richiedere all'autorità competente o il rimborso degli investimenti non recuperati o la proroga della concessione per un periodo massimo di 75 anni.

La normativa nazionale della Grecia (legge n. 2971/2001, artt. 14 e 15), invece, stabilisce che il ministero competente possa concedere in leasing lo sfruttamento delle coste e delle spiagge per fini, tra l'altro, relativi al commercio e all'industria. Sulla base di tali disposizioni, il Ministero delle Finanze, nel 2014, ha stabilito la possibilità per le autorità comunali di rilasciare concessioni di aree costiere attraverso procedure di affidamento diretto, in assenza di qualsiasi procedura ad evidenza pubblica.

In Croazia il provvedimento con cui un'area del demanio marittimo viene concessa in uso a persone fisiche e giuridiche per lo svolgimento delle attività che non escludono né limitano l'uso generale del dominio marittimo (ad esempio servizio di ombreggiatura mediante ombrelloni e lettini, servizi di ristorazione, strutture commerciali e ricreative, noleggio di imbarcazioni, kayaks, pedalò e tavole da surf) prende il nome di *koncesijsko odobrenje* (letteralmente "approvazione di concessione"). L'istituto è stato introdotto nel diritto croato nel 1996, e oggi è regolato dalla Legge sul demanio marittimo e sui porti marittimi del 2003 (MDSPA) e dal Regolamento sulla procedura di concessione del demanio marittimo. Il provvedimento di "approvazione della

concessione” può essere rilasciata dal comune su istanza dell’interessato, senza alcuna procedura ad evidenza pubblica, per un periodo massimo di cinque anni.

(f) Non configurabilità di una violazione dell’obbligo di leale collaborazione di cui all’art. 4 par. 3 del Trattato sull’Unione Europea da parte dello Stato italiano

Nella propria Lettera del 3 dicembre 2020 la Commissione afferma che *“con la recente adozione dell’articolo 182, comma 2, del decreto-legge n. 34/2020, che vieta esplicitamente alle autorità di avviare o proseguire procedimenti pubblici aperti di selezione per l’assegnazione di concessioni scadute (o in scadenza), la legge italiana impone espressamente alle autorità locali di astenersi dall’applicare i principi di trasparenza, imparzialità e pubblicità alle procedure di assegnazione delle concessioni, in palese violazione del diritto dell’UE. Ciò comporta pertanto anche la violazione del dovere, che incombe a tutte le autorità nazionali, di adoperarsi al massimo per dare attuazione al diritto dell’UE e conformarsi alle sentenze della CGUE, in virtù del primato del diritto dell’UE e dell’obbligo di leale cooperazione degli Stati membri sancito dall’articolo 4, paragrafo 3, del trattato sull’Unione europea”* (Lettera, p. 10).

Preme, innanzi tutto, sottolineare che, con i rilievi che si sono riportati, la Commissione riconosce che le procedure previste dal codice della navigazione italiano (e dal relativo regolamento di esecuzione) ai fini del rilascio delle concessioni di beni del demanio marittimo sono conformi ai *“principi di trasparenza, imparzialità e pubblicità”*. Non potendo, infatti, la Commissione ignorare che l’azione amministrativa, in Italia come negli altri paesi di *civil law*, è retta dal principio di legalità, va da sé che le autorità locali italiane non potrebbero, in assenza del divieto di cui all’art. 182 comma 2 del D.L. n. 34/2020, che procedere attenendosi a quanto previsto dalle disposizioni contenute nei testi menzionati (che sono i soli a disciplinare – per di più in maniera assai puntuale – il procedimento per il rilascio delle concessioni demaniali marittime). Se il divieto (censurato dalla Commissione) *“impone espressamente alle autorità locali di astenersi dall’applicare i principi di trasparenza, imparzialità e pubblicità alle procedure di assegnazione delle concessioni, in palese violazione del diritto dell’UE”*, allora ciò significa che la normativa italiana contenuta nel codice della navigazione e nel relativo regolamento di esecuzione è (ed era) conforme al diritto dell’UE e, quindi le concessioni oggi oggetto di proroga sono state inizialmente rilasciate sulla base di una adeguata *“procedura di selezione”* (contrariamente a quanto, come si è visto, la Commissione afferma alla p. 9 della Lettera).

Indipendentemente da ciò, non si vede come il comportamento dello Stato italiano, che si è limitato a disporre di sospendere i procedimenti amministrativi aventi determinate caratteristiche (in attesa della riforma della legislazione del settore) possa essere configurato come una violazione del principio di “leale cooperazione” con l’Unione Europea.

(g) Erronea valutazione della portata dei commi da 677 a 681 della Legge n. 145/2018 e del loro impatto sulle nuove concessioni -

Nella propria Lettera del 3 dicembre 2020 la Commissione afferma che *“anche per quanto concerne le potenziali nuove concessioni che potrebbero essere assegnate mediante la complessa procedura di cui ai commi da 677 a 681 della legge di bilancio, non sembra siano rispettati i criteri stabiliti dall'articolo 12, paragrafo 1, della DS. Tali commi non definiscono alcun criterio specifico ed oggettivo né prevedono alcuna procedura per l'assegnazione di queste nuove concessioni potenzialmente disponibili, in particolare per quanto concerne l'obbligo di assicurare una procedura di selezione tra i candidati potenziali che presenti garanzie di imparzialità e trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento. Nella pratica ciò non permette di assicurare che tali nuove concessioni siano assegnate in conformità ai detti principi, come del resto è dimostrato dalle assegnazioni effettuate in passato prima dell'applicazione della direttiva sui servizi”* (Lettera, p. 10).

Non può non rilevarsi, innanzi tutto, come il rilievo per cui *“le assegnazioni effettuate in passato prima dell'applicazione della direttiva sui servizi”* dimostrerebbero l'impossibilità di assicurare che le nuove concessioni siano assegnate in conformità ai principi di imparzialità e trasparenza appare in assoluta contraddizione con le affermazioni della Commissione contenute nella medesima parte della Lettera e già riportate e commentate nel precedente paragrafo (f).

In ogni caso, dette affermazioni sono del tutto gratuite, non suffragate da alcuna dimostrazione e, in ogni caso, palesemente errate, atteso che sembrerebbero ricondurre all'entrata in vigore della Direttiva sui servizi qualche effetto sul piano delle procedure applicabili al rilascio di nuove concessioni demaniali marittime, il che palesemente non è. Ciò in quanto le norme al riguardo applicabili (e applicate) sono ancora quelle contenute nel codice della navigazione e nel relativo regolamento di esecuzione, quali riformate prima dalla L. n. 400/1993 e quindi (marginalmente, sul punto che in questa sede interessa) dall'art. 1, comma 18, D.L. 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, dalla L. 26 febbraio 2010, n. 25. In nessun modo queste modifiche

alla procedura di rilascio delle nuove concessioni demaniali marittime hanno a che vedere con l'entrata in vigore nell'ordinamento italiano della Direttiva sui servizi, contrariamente a quanto sembrerebbe ritenere la Commissione, la cui affermazione appare, quindi, del tutto gratuita ed infondata.

(h) Infondatezza della censura relativa al blocco delle nuove concessioni

Nella propria Lettera del 3 dicembre 2020 la Commissione afferma che *“la nuova e complessa procedura per le nuove assegnazioni, che comporta almeno tre anni di attività amministrative preparatorie a livello nazionale, potrebbe nel frattempo bloccare di fatto l'assegnazione delle risorse disponibili (ad esempio a seguito della rinuncia alle singole concessioni o della revoca delle stesse, o in considerazione delle risorse già disponibili e pronte per essere assegnate); ne deriverebbe un effetto negativo consistente in ulteriori barriere a scapito dei nuovi concessionari”* (Lettera, p. 10).

L'affermazione che si è riportata appare, questa sì, violare apertamente l'obbligo di leale cooperazione degli Stati membri sancito dall'articolo 4, paragrafo 3, del trattato sull'Unione europea, soprattutto se letto, correttamente, alla luce del precedente paragrafo 2. Quest'ultima disposizione stabilisce, infatti, che *“l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali”*.

Nell'ordinamento costituzionale italiano, le scelte in merito alla destinazione dell'uso del territorio (ed in particolare di quello costiero nonché delle aree lacuali e fluviali) sono demandate (nell'ambito delle rispettive competenze) allo stato, alle regioni e agli enti locali, i quali ben possono liberamente disporre in merito all'uso (o al non uso!) mediante concessione a soggetti privati delle aree in questione, essendo ben possibile che l'ente competente opti per altre forme di fruizione da parte della collettività o dello stesso ente pubblico. Non si comprende (né viene indicato) su quale base giuridica la Commissione possa fondare il prefigurato “obbligo” dello stato italiano di rilasciare “nuove” concessioni aventi ad oggetto le aree demaniali marittime con riferimento alle quali i precedenti rapporti di concessione siano, per qualche ragione, cessati.

(i) Infondatezza delle censure in merito al regime che risulterà applicabile alla scadenza del periodo di transizione

Nella propria Lettera del 3 dicembre 2020 la Commissione afferma che “anche dopo la scadenza del lunghissimo periodo di transizione di cui ai commi 682 e 683 della legge di bilancio, rimarrebbero da individuare i criteri e le procedure per la riassegnazione delle concessioni eventualmente scadute. Il riferimento incrociato alle modalità individuate a norma del comma 677 della legge di stabilità per la migliore gestione di ogni singola risorsa in questione non sembra rispettare i criteri stabiliti dall'articolo 12, paragrafo 1, DS in quanto il DPCM da adottare a norma del suddetto comma 677 non prevede norme o procedure che tengano conto anche delle possibili specificità locali e che garantiscano una procedura di selezione tra i candidati potenziali che presenti garanzie di imparzialità e trasparenza e che preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento a norma dell'articolo 12, paragrafo 1. ... Il DPCM di cui al suddetto comma 677 è inoltre tecnicamente inidoneo a modificare sia il quadro normativo (primario) vigente stabilito dal codice della navigazione e/o dal decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, la cui modifica richiede un atto normativo di rango primario (legge, decreto-legge o decreto legislativo), sia il regolamento di esecuzione del 1952, adottato con decreto del Presidente della Repubblica; per tale motivo il DPCM in questione può avere, tutt'al più, unicamente un effetto limitato per quanto riguarda la definizione e/o l'interpretazione di tali norme. In conclusione il comma 677, cui rinviano i commi 682 e 683 della legge di bilancio, non sembra garantire il rispetto dei criteri stabiliti dall'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva sui servizi per quanto riguarda la futura riassegnazione delle concessioni vigenti” (pag. 11).

I rilievi della Commissione non tengono conto che le normativa di rango primario (codice della navigazione) già stabilisce, come si è visto, una procedura che presenta garanzie di imparzialità e trasparenza e che, sul piano della pubblicità, già oggi la giurisprudenza afferma debba essere adeguata sulla base dell'importanza e del valore dell'area oggetto della concessione (cfr. Cons. Stato, 15 febbraio 2002, n. 934).

Inoltre, la legislazione sopra richiamata già identifica i criteri generali sulla base dei quali la commissione giudicatrice chiamata ad aggiudicare una concessione demaniale marittima nell'ambito di una eventuale procedura ad evidenza pubblica sarà chiamata a valutare le istanze presentate. Detti criteri generali potranno essere indubbiamente dettagliati in sede di approvazione del DPCM previsto dal comma 677, il quale, per effetto di tale previsione assume la natura di “regolamento autorizzato”, come tale idoneo ad integrare le disposizioni delle norme

di rango primario, con effetto vincolante per l'amministrazione che alle stesse deve dare applicazione.

Ciò vale, naturalmente, anche per gli elementi *"che tengano conto delle possibili specificità locali"*, la cui individuazione il DPCM in questione ben potrebbe rimettere alla regione (o all'ente locale dalla stessa eventualmente delegato) territorialmente competente, in linea con l'assetto delle competenze in materia stabilito dall'ordinamento costituzionale italiano.

(j) Non configurabilità di una violazione dell'art. 49 del TFUE in ragione dell'impossibilità per gli operatori transfrontalieri di ottenere un accesso diretto alle aree disponibili in concessione dovuta alla incertezza in merito alle aree disponibili

Nella propria Lettera del 3 dicembre 2020 la Commissione afferma che *"le proroghe ex lege indiscriminate di cui all'articolo 1, comma 18, del decreto-legge n. 194/2009, all'articolo 24, comma 3-septies del decreto-legge n. 113/2016 e ai commi 682 e 683 della legge di bilancio, unita all'incertezza e alla mancanza di chiarezza riguardo alla disponibilità di nuove assegnazioni nei prossimi anni, comporta di fatto un'impossibilità assoluta per i prestatori di servizi transfrontalieri di ottenere un accesso diretto a tali risorse e quindi di esercitare tali attività, in contrasto con il dettato dell'articolo 49 TFUE"*.

Le affermazioni circa la "incertezza" e "mancanza di chiarezza" circa la disponibilità di aree demaniali marittime suscettibili di essere affidate in concessione appaiono del tutto infondate. Quanto alla "certezza" della disponibilità di dette aree, è sufficiente fare riferimento al "Rapporto Spiagge 2020" di Legambiente (consultabile sul sito www.legambiente.it) da cui si ricava che solo il 50% delle spiagge italiane è oggetto di concessione. Qualunque soggetto interessato, quindi, può proporre istanza di concessione con riferimento alle rimanenti aree costiere.

Quanto alla "mancanza di chiarezza", è necessario ricordare che presso il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (M.I.T.) è stato da tempo istituito il Sistema Informativo Demanio marittimo (S.I.D.). Tale strumento, come risulta dal sito ufficiale del M.I.T. è stato realizzato precisamente *"con la finalità di fornire supporto condiviso alle PP.AA. (Ministeri, Regioni, Comuni, Capitanerie di porto, Autorità portuali, ecc.), interessate alla gestione/tutela dei beni demaniali marittimi e trasparente accesso ai cittadini interessati alla loro fruizione. L'area di intervento interessa la zona demaniale marittima e la relativa fascia di rispetto dell'intero territorio nazionale per uno sviluppo di circa 7.500 km di costa con riferimento alla quale è stata realizzata cartografia catastale aggiornata e revisionata, attualmente in conservazione presso gli Uffici*

provinciali dell'Agenzia del Territorio. I dati di aggiornamento derivanti dall'espletamento sia dell'attività di gestione amministrativa, da parte delle Amministrazioni competenti) sia delle procedure catastali (da parte degli Uffici provinciali dell'Agenzia del Territorio) confluiscono nel S.I.D. automaticamente. Il Sistema, in tal modo, rende disponibili, sull'intero territorio nazionale anche dati che consentono la conoscenza dello stato d'uso del demanio marittimo insieme con procedure automatizzate di aggiornamento delle informazioni on line da parte delle PP.AA. competenti. L'utilizzo del Sistema, per la cui gestione è competente lo Stato, è gratuito per le PP.AA. e per i cittadini".

Confidando di avere adeguatamente risposto al quesito sottopostomi e confermandomi a Vostra disposizione per qualsiasi ulteriore approfondimento o integrazione, porgo con l'occasione molti cordiali saluti.

Prof. Avv. Stefano Zunarelli

