

CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME  
TRA CONCORRENZA E VALORIZZAZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa e oggetto dell'indagine. – 2. La sussistenza di un “atto formale” e l'occasione di “guadagno” neutralizzano le articolazioni del potere amministrativo. – 3. Interesse pubblico, occasione di guadagno, scarsità delle risorse. – 4. Verso una prospettiva di autentica integrazione tra bene e attività.

1. *Premessa e oggetto dell'indagine*

Il tema delle concessioni demaniali marittime in generale e quello delle concessioni balneari in particolare esprimono in modo paradigmatico il complesso rapporto, talvolta trascinante in conflitto, tra esigenze proprie della cura dell'interesse pubblico e quelle sottese agli interessi economici nel quadro dello spazio europeo e globale del mercato.

In tale rapporto che il legislatore nazionale è chiamato a governare bilanciando, attraverso il principio dell'utilità sociale, regole e libertà di iniziativa economica, si inserisce la “filosofia” eurounitaria che, nel favorire il mercato in quanto condizione per lo sviluppo dell'economia, pone regole concorrenziali volte a superare gli steccati innalzati dagli interessi economici consolidati.

In tale contesto si inseriscono le due pronunce gemelle assunte dal Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria<sup>1</sup> che, prendendo atto della ritrosia del legislatore ad adeguarsi ai principi comunitari e nel tentativo di fissare delle coordinate sistematiche sul tema, crea molte incertezze sia sotto il profilo del regime applicativo che con riguardo ai profili teorici e generali riguardanti tanto il diritto sostanziale quanto il diritto processuale che, peraltro, presentano importanti relazioni e reciproci condizionamenti connessi all'applicazione interna del diritto eurounitario e, nello

<sup>1</sup> Cons. St., Ad. plen., 9 novembre 2021, nn. 17 e 18.

specifico, secondo l'impostazione assunta dal Consiglio di Stato, della Direttiva 2006/123/CE (c.d. Direttiva Bolkestein o Direttiva servizi).

Ove si consideri la numerosità degli argomenti trattati nelle due pronunce verrebbe da ritenere che le stesse abbiano inteso porsi in una posizione di privilegiata prospettiva nell'ambito di un dibattito definibile alla stregua di una «battaglia teorica e fondativa del diritto pubblico europeo dell'economia»<sup>2</sup>, ma il tentativo di affrontare, attraverso la via giurisdizionale, in modo sistemico casi concreti, peraltro tra loro differenti, ha contribuito allo stato di incertezza che permea la materia in assenza di un intervento legislativo statale.

D'altro canto, si osserva incidentalmente, le decisioni dell'Adunanza Plenaria, non sembrano essere idonee a far venir meno la possibilità di aprire ufficialmente la procedura di infrazione<sup>3</sup> che, a rigore, potrebbe perdere la sua ragion d'essere non già in virtù di una disapplicazione, bensì solo con una abrogazione legislativa esplicita delle norme non conformi al Diritto dell'Unione, come osservato più volte dalla stessa Corte di Giustizia, e come si desume dalla stessa lettera di messa in mora di oltre un anno fa nella quale si fa riferimento alla necessità di individuare «con legge» i criteri e le modalità di affidamento delle concessioni balneari, pur non potendo non rilevare che al momento non si conoscono le eventuali osservazioni presentate dall'Italia sulla base della richiesta contenuta nella lettera di intimazione del 2020 e, tantomeno se sia stato emesso il parere motivato previsto dall'art. 258 TFUE (ex art. 226 TUE) che è necessariamente presupposto all'accertamento dell'inadempimento da parte dello Stato membro e, conseguentemente alla eventuale proposizione del ricorso alla Corte di Giustizia<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Bari 2013, 85.

<sup>3</sup> Il 3 dicembre 2020 la Commissione europea ha avviato l'ennesima procedura d'infrazione nei confronti dell'Italia. La lettera di messa in mora riguardava l'estensione quindicennale delle concessioni marittimo-demaniali, istituita dalla legge 30 dicembre 2018, n. 145 (c.d. legge bilancio). Sulla proroga del 2018, si v. G. DALLA VALENTINA, *La proroga ope legis delle concessioni demaniali marittime dalla sentenza n. 1/2019 della Corte Costituzionale al Decreto Rilancio*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2020, 3, 552 ss.

<sup>4</sup> Infatti solo dopo la scadenza del termine fissato dalla Commissione, senza che lo Stato interessato si sia conformato al parere motivato, la stessa Commissione può adire la Corte di Giustizia. Occorre comunque sottolineare che la Commissione ha un potere discrezionale in merito alla presentazione o meno del ricorso alla Corte di Giustizia e alla determinazione del momento in cui presentarlo. Al riguardo è costante la giurisprudenza della Corte nell'affermare che «nell'ambito del sistema previsto dall'art. 169 [oggi 258] del Trattato, la Commissione dispone del potere discrezionale a proporre ricorso per inadempimento e non spetta alla Corte giudicare l'opportunità dell'esercizio di tale potere

In assenza di un tempestivo intervento del legislatore, e poiché la mera ed eventuale procedura di infrazione non comporta la invalidità della norma censurata dalla Commissione europea, le norme disapplicate restano valide.

In tale prospettiva le posizioni assunte dal Consiglio di Stato e i numerosi *topics* messi in campo dal giudice amministrativo possono costituire una opportunità per aprire un dibattito costruttivo che prenda in considerazione la pluralità di questioni che vengono in considerazione ove si tratti di porre mano alla disciplina dei beni demaniali marittimi, dalla concorrenza all'accessibilità, dallo sfruttamento alla cura degli stessi, in una parola all'interesse pubblico perseguito dal demanio in generale e da quello costiero in particolare anche alla luce del sia pur unico, ma importante, riferimento ai diritti sociali contenuto nell'art. 3, par. 3 TfUE, nel quale, con riguardo al mercato interno che l'Europa si impegna ad instaurare, si afferma che «l'Unione [...] si adopera per lo sviluppo sostenibile, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato [...], che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. [...] Essa promuove la coesione economica, sociale e territoriale».

In tale prospettiva, tuttavia, e nonostante lo stigma nei confronti di un legislatore inerte su un tema di fondamentale rilevanza per il sistema economico-sociale del nostro Paese, non può non osservarsi che il Consiglio di Stato si è solo marginalmente occupato della funzione e della natura del demanio marittimo, fondando l'auspicato modello normativo sulla libertà economica dominata dalla concorrenza intesa alla stregua di principio assoluto, anziché regola strumentale al funzionamento delle diverse tipologie di mercato e, in quanto tale, destinata a confrontarsi con le altre regole che, nell'ambito dei principi generali e delle categorie proprie dei beni e dei servizi pubblici di cui la pubblica Amministrazione è tutrice paritaria, si pongono in funzione di un risultato o di un assetto di interessi da raggiungere.

In proposito la tesi cui aderisce il Consiglio di Stato è quella dell'applicabilità diretta della citata Direttiva Bolkestein alle concessioni aventi

(sentenza del 27 novembre 1990, causa 200/88, Commissione c. Grecia) e che «inoltre, spetta alla Commissione stabilire quando sia opportuno promuovere l'azione per inadempimento, mentre le considerazioni sulle quali si fonda tale decisione non possono avere alcuna incidenza sulla ricevibilità del ricorso» (sentenza del 1° giugno 1994, causa C-317/92, Commissione c. Germania).

ad oggetto il demanio balneare in quanto risorsa scarsa e avente un interesse transfrontaliero certo.

A partire da tale argomentazione, punto di forza nell'intelaiatura concettuale costruita dall'Adunanza Plenaria, si ritiene opportuno approfondire, al fine di delineare una corretta relazione con l'ordinamento comunitario e nella prospettiva della costruzione di un diritto europeo dell'economia, tanto la funzione e la natura della relazione che si instaura tra pubblica amministrazione e concessionario, quanto quella che lega il bene alla collettività, ferma restando la funzione di intermediazione del potere amministrativo.

## 2. *La sussistenza di un "atto formale" e l'occasione di "guadagno" neutralizzano le articolazioni del potere amministrativo*

I principali presupposti teorici e applicativi che presiedono alle due decisioni dell'Adunanza Plenaria risiedono nella evoluzione in senso "sostanzialistico" del provvedimento concessorio. Secondo la ricostruzione teorica operata dal Consiglio di Stato, la distinzione tra concessione<sup>5</sup> e autorizzazione<sup>6</sup> appare contrassegnata da una concezione di "stampo giuridico formale" in via di superamento, in virtù di una rilettura dell'istituto focalizzata sull'effetto economico del provvedimento di concessione, che si traduce «nell'attribuzione del diritto di sfruttare in via esclusiva una risorsa naturale» scarsa al fine di svolgere un'attività economica. Da tale profilo, e concordando con la Corte di Giustizia che nella sentenza *Promoimpresa*<sup>7</sup> riconduce all'interno del genere "atti formali" le spe-

<sup>5</sup> In argomento, tra i tanti, si v. O. RANNELLETI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Roma-Firenze 1894; U. BORSI, *Concessione amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, Roma 1931; M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli 1981; B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova 2008. Di recente, proprio sulle concessioni demaniali, si v. M. TIMO, *Le concessioni balneari alla ricerca di una disciplina fra normativa e giurisprudenza*, Torino 2020.

<sup>6</sup> Sul tema, tra i tanti, si v. A.M. SANDULLI, *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1957, 784 e ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milano 1993, 614 ss.

<sup>7</sup> CGUE, 14 luglio 2016, *Promoimpresa* e M. Melis e a., cause riunite C-458/14 e C-67/15. Per un commento, si v. E. AMANTE, *La Corte di giustizia si pronuncia sulla proroga automatica delle concessioni demaniali, il legislatore interno corre ai ripari: due passi avanti e uno indietro in favore della concorrenza*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 2, 97 ss.; E. BOSCOLO, *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime [Nota a sentenza: Corte di*

cie provvedimenti autorizzazioni e concessioni «qualunque sia la loro qualificazione nel diritto nazionale», conseguirebbe che le concessioni di beni demaniali per finalità turistico-ricreative rappresentano autorizzazioni di servizi contingentate e, come tali, da sottoporre a procedure di gara ai sensi dell'art. 12 della c.d. Direttiva servizi.

Ma la necessità di ricorrere a procedure di evidenza pubblica non sembra potersi far risalire alla applicazione diretta della Direttiva Bolkestein, così come la necessità di applicare i principi di trasparenza, pubblicità e non discriminazione non richiede l'abolizione della distinzione tra autorizzazioni e concessioni che, come noto, perseguono interessi pubblici diversi.

Quanto al primo profilo basti ricordare che la Commissione europea ha dato avvio alle contestazioni nei confronti dell'Italia con la c.d. pre-infrazione nel 2008<sup>8</sup>, in epoca precedente quindi alla scadenza del termine per il recepimento della Direttiva Bolkestein, sulla base della violazione del principio della libertà di stabilimento di cui al Trattato.

Il tema dell'adempimento da parte dell'Italia in ordine al rispetto delle regole volte a favorire l'attuazione della libertà di stabilimento sussiste, pertanto, a prescindere dalla Direttiva che non richiede l'applicazione diretta dell'art. 12, ma fissa obiettivi già presenti nell'ordinamento europeo e che il legislatore nazionale può raggiungere applicando norme interne già presenti<sup>9</sup>.

Non v'è dubbio che l'ordinamento italiano contenga gli strumenti per affrontare in modo non ideologico la questione dell'affidamento in concessione di beni demaniali marittimi per finalità turistico-ricreative, facendo ricorso a concetti giuridici e non meramente "culturali".

La necessità di procedure imparziali, trasparenti pubbliche, oltre che nelle discipline normative settoriali, è prescritta in via di principio

*Giustizia UE*, sez. V, 14 luglio 2016, causa C-67/15], in *Urb. e App.*, 11, 2016, 1219 ss.; L. DI GIOVANNI, *Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga ex lege*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2016, 912 ss.; L. GRISELLI, *Concessioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2016, 1293 ss.; E. NESI, R. RIGHI, *Osservazioni sulla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea 14 luglio 2016, con particolare riferimento ai suoi effetti sui rapporti concessori in atto*, in *Giust. amm.*, 2016, XI; G. BELLITTI, *La direttiva Bolkestein e le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 60 ss.

<sup>8</sup> Si tratta della prima messa in mora (procedura di infrazione n. 2008/4908).

<sup>9</sup> La possibilità che non occorra una misura interna di attuazione in presenza di principi costituzionali o amministrativi che ne garantiscano l'adempimento è stata da tempo affermata dalla Corte di Giustizia (sentenza del 23 maggio 1985, causa 29/84, Commissione c. Germania).

e generale in un altro articolo 12, questa volta di una legge di riforma economico sociale, quale la l. 7 agosto del 1990 n. 241, che investe tutte le situazioni di rapporto privato pubblico, in cui il primo tende verso una utilità economica che è nella disponibilità del secondo<sup>10</sup>.

Resta da considerare la valenza dell'ulteriore argomentazione addotta dal Consiglio di Stato in ordine alla interpretazione evolutiva dell'istituto concessorio idonea a farlo rientrare nel cono d'azione dell'Unione Europea, e secondo la quale la concessione demaniale per fini turistico ricreativi costituirebbe un'autorizzazione di servizi contingentata. Una affermazione – ove si condivide l'impostazione prospettata nella presente riflessione – che, se sul fronte dell'applicazione delle regole di evidenza pubblica sarebbe *inutiliter data*, potrebbe essere addirittura dannosa sia in generale, in relazione alla distinzione tra autorizzazioni e concessioni e alla differenziazione dei relativi effetti giuridici che in termini di sistema ordinamentale nazionale ancora ha una sua logica pur a fronte di un panorama sempre più eterogeneo di fattispecie, sia, più specificamente, con riguardo alla ragione stessa del demanio e alla connessa doverosità insita nella gestione dello stesso<sup>11</sup>, quando si applichi il ragionamento del giudice amministrativo alle concessioni demaniali marittime.

<sup>10</sup> Ai sensi del citato art. 12 della l. n. 241 del 1990 «La concessione [...] di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati sono subordinate alla predeterminazione [ed alla pubblicazione] da parte delle amministrazioni procedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi». Sul tema dell'applicabilità della norma in via generale e, quindi, anche alle concessioni balneari, A. GIANNELLI, *Concessioni di beni e concorrenza*, Napoli 2017, 163 ss., la quale precisa che «Su questo piano, dunque, l'art. 12 della direttiva Bolkestein non ha davvero scalfito, sotto il profilo strettamente giuridico, le regole fondanti l'affidamento delle concessioni pubbliche».

<sup>11</sup> Il concetto di doverosità connesso al demanio, pur declinata in modo diverso a seconda dei filoni ermeneutici che si sono confrontati nel tempo sul concetto di proprietà pubblica e gestione della stessa, costituisce una invariante degli studi sui beni pubblici. Sul tema A.M. SANDULLI, *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, V, Milano 1959, 277 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova 1975; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Proprietà dovere dei beni in titolarità pubblica*, in AA.VV., *Titolarità pubblica e regolazione dei beni*, *Annuario AIPDA*, 2003, 63 ss.; M.A. SANDULLI, *La proprietà nel diritto pubblico*, in A. GAMBARO, U. MORELLO (a cura di), *Trattato dei diritti reali*, Milano, 2012. Una diversa prospettiva è stata assunta da quella dottrina che, soprattutto a partire dalla seconda metà del secolo scorso ed in particolare in coincidenza con le privatizzazioni e il federalismo demaniale ha spostato il punto di osservazione dalla proprietà alla funzionalizzazione dei beni agli obiettivi di interesse pubblico, in una prospettiva che ha inteso prescindere dalla proprietà pubblica dei beni per concentrare l'attenzione sulla destinazione degli stessi e, dunque, sulla funzione esercitata al fine di preservare l'efficiente gestione dei medesimi e la tutela di diritti fondamentali ad essi connessi. Specificamente, G. COLOMBINI, *I beni*

La lettura proposta dall'orientamento dell'Adunanza Plenaria dell'istituto concessorio, tutta incentrata sull'opportunità di guadagno sia per lo Stato, attraverso il canone, sia per il concessionario, attraverso lo svolgimento dell'attività di impresa di erogazione di servizi turistico-ricreativi<sup>12</sup>, sembra segnare una sorta di resa – o peggio di traguardo – del sistema alle logiche del profitto *tout court*, secondo una logica di *reductio ad unum* dell'automatismo della liberalizzazione proprie del neoliberalismo, che diventa l'unico criterio di interpretazione degli istituti giuridici, anche di diritto amministrativo, volti a regolamentare i rapporti pubblico privato, mettendo in ombra le possibili, e anzi doverose, externalità positive attingibili, per esempio in termini di valorizzazione<sup>13</sup> dei beni concessi, ove si prenda atto della ineludibile collaborazione tra Stato e impresa e, correlativamente, tra interesse pubblico e interesse privato del concessionario imprenditore.

L'idea che sembra animare il giudice amministrativo, infatti, appare molto circoscritta: la concessione amministrativa rappresenta una occasione di arricchimento per il privato concessionario, il quale remunera

*pubblici tra regole di mercato e interessi generali. Profili di diritto interno e internazionale*, Napoli 2009; M. DUGATO, *Il regime dei beni pubblici: dall'appartenenza al fine*, in A. POLICE, (a cura di), *I beni pubblici, tutela, valorizzazione e gestione*, Milano 2008, 17 ss.; A. LOLLI, *Proprietà e potere nella gestione dei beni pubblici e dei beni di interesse pubblico*, in *Dir. Amm.*, 1996, 53 ss.; M. OLIVI, *Beni demaniali ad uso collettivo. Conferimento di funzioni e privatizzazione*, Padova, 2005. Interessa sottolineare che la prospettiva da ultimo richiamata potrebbe avere un ruolo rilevante, come si cercherà di dimostrare, nella costruzione di una disciplina moderna delle concessioni demaniali, e nello specifico, anche delle concessioni balneari, in quanto idonea a “tenere insieme” lo svolgimento di attività di rilievo economico e la tutela e la valorizzazione dei beni oggetto del regime concessorio.

<sup>12</sup> Si legge nella pronuncia n. 18, a p. 15 che «la p.a. mette a disposizione dei privati concessionari un complesso di beni demaniali che, valutati unitariamente e complessivamente, costituiscono uno dei patrimoni naturalistici (in termini di coste, laghi e fiumi e connesse aree marittime, lacuali o fluviali) più rinomati e attrattivi del mondo. Basti pensare che il giro d'affari stimato del settore si aggira intorno ai quindici miliardi di euro all'anno, a fronte dei quali l'ammontare dei canoni di concessione supera di poco i cento milioni di euro, il che rende evidente il potenziale maggior introito per le casse pubbliche a seguito di una gestione maggiormente efficiente delle medesime». Inoltre, al paragrafo 49 della medesima pronuncia: «È inoltre auspicabile che le amministrazioni concedenti sfruttino appieno il reale valore del bene demaniale oggetto di concessione. In tal senso sarebbe opportuno che anche la misura dei canoni concessori formi oggetto della procedura competitiva per la selezione dei concessionari, in modo tale che, all'esito, essa rifletta il reale valore economico e turistico del bene oggetto di affidamento».

<sup>13</sup> V. CERULLI IRELLI, *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni pubblici*, in *Annuario AIPDA, Titolarità pubblica e regolazione dei beni*, Milano 2004, 13.

tale opportunità attraverso la corresponsione di un canone che, tuttavia, non costituisce una corrispondente occasione di guadagno per l'ente concedente, a causa della sproporzione tra canone percepito e opportunità economica concessa.

Ne è conseguita una decisione altrettanto “semplice”: annullare (modulandone temporalmente gli effetti giuridici) la proroga automatica delle concessioni sulla base di una acritica accettazione della (presunta<sup>14</sup>) indifferenza comunitaria rispetto all'istituto della concessione di beni pubblici equiparato ad una autorizzazione contingentata, e derivato invito (non propriamente implicito) a creare le condizioni, sulla base di procedure di evidenza pubblica, di maggiori guadagni per le casse dello Stato.

Più utile sarebbe stato, infatti, anziché azzerare una differenza che ha una sua precisa *ratio* strutturale e dogmatica<sup>15</sup>, evidenziare la natura mista – di beni e servizi – della concessione di beni demaniali strumentale allo svolgimento di una attività di rilievo economico, approfondendo la possibilità di una corretta qualificazione della fattispecie in esame e fornendo

<sup>14</sup> Sul non scontato disinteresse dell'Europa nei confronti delle concessioni di beni, si veda l'approfondita analisi di A. GIANNELLI, *Concessioni di beni e concorrenza*, cit., 69 ss.

<sup>15</sup> Non può al riguardo ignorarsi che la stessa giurisprudenza amministrativa appare solidamente legata al riconoscimento dello schema concessorio allorché il rapporto giuridico abbia ad oggetto il godimento individuale di un bene pubblico anche per lo svolgimento di attività qualificabile alla stregua di un servizio pubblico. Tra le tante si citano due pronunce molto recenti: T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 2 marzo 2021, 2 febbraio 2021, n. 1398, secondo cui «La possibilità di attribuire a terzi la disponibilità di beni di proprietà pubblica, assoggettati allo svolgimento di un servizio pubblico, e quindi facenti parte del patrimonio indisponibile dell'ente pubblico, è tradizionalmente rimessa allo strumento concessorio, tipico provvedimento ampliativo di diritto pubblico. La concessione di beni pubblici, del resto è istituto in cui è immanente l'interesse dell'Amministrazione a un corretto utilizzo del bene affidato in uso speciale al privato concessionario, di talché il contratto che regola il rapporto si rivela essere dipendente logicamente e giuridicamente dal provvedimento con cui si estrinseca il potere di affidamento dell'uso del bene. A tale schema, peraltro, corrisponde la persistenza, anche nella fase esecutiva del rapporto, di poteri di supremazia dell'Amministrazione»; T.A.R. Lombardia Brescia, sez. II, 2 luglio 2021, n. 626, secondo cui «I beni patrimoniali indisponibili possono, in linea generale, essere attribuiti in godimento a privati soltanto nella forma della concessione amministrativa, la quale – anche quando si configuri come concessione – contratto – vale a dire come combinazione di un negozio unilaterale autoritativo (atto deliberativo) della P.A. e di una convenzione attuativa (contratto) – implica sempre l'attribuzione al privato di un diritto condizionato, che può essere unilateralmente soppresso dall'Amministrazione stessa con la revoca dell'atto di concessione, in caso di contrasto con il prevalente interesse pubblico».



una interpretazione da sottoporre alla Corte di Giustizia al fine della individuazione di un regime rinnovato, applicabile anche a livello europeo (e, conseguentemente, in ambito nazionale) che, al riguardo, sembra presentare una oggettiva lacuna determinata dalla marginalità che le concessioni di beni hanno da sempre avuto in ambito eurounitario, forse perché ritenute non immediatamente coinvolte nelle dinamiche concorrenziali<sup>16</sup>.

In tale prospettiva, ove si voglia cercare di contribuire alla (ri)costruzione giuridica e sistematica dell'istituto, come "intimato" dal giudice amministrativo al legislatore, occorre concentrare l'attenzione sulle concessioni evidenti, sebbene non sempre messe in rilievo, tra concessioni e caratteristiche funzionali dei beni pubblici oggetto del rapporto concessorio, in cui vengono in considerazione ulteriori valori e principi riconducibili al più ampio concetto della valorizzazione dei beni intesa non solo in termini economici ma altresì culturali, ecologici e sociali, e che hanno dignità quantomeno non inferiore alla concorrenza che, anzi, come già sottolineato, dovrebbe essere considerata alla stregua di una regola.

### 3. *Interesse pubblico, occasione di guadagno, scarsità delle risorse*

Quali sono i valori presi in considerazione dall'Adunanza Plenaria in quanto considerati di ontologica primazia anche in materia di concessioni? La libertà di concorrenza a fronte della contendibilità del bene pubblico considerato quale fonte di guadagno a vantaggio del privato, prima ancora che (e a prescindere da) elemento da valorizzare a vantaggio della comunità di riferimento.

Come già evidenziato, l'occasione di guadagno è stata altresì considerata con riguardo alle entrate nelle casse statali. Ciò effettivamente in coerenza con l'inserimento dei beni demaniali nella categoria dei beni suscettibili di utilizzazione economica, superando l'assioma della natura infruttifera dei beni appartenenti al demanio naturale in quanto vocati ad assicurare forme di godimento libero e collettivo e pertanto idonei a costituire fonte di reddito pubblico<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Come noto, invece, il Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) con riguardo a lavori e servizi, disciplina all'art. 169 i contratti misti di concessioni e recita: «Le concessioni aventi per oggetto sia lavori che servizi sono aggiudicate secondo le disposizioni applicabili al tipo di concessione che caratterizza l'oggetto principale del contratto».

<sup>17</sup> Il riferimento riguarda il d.lgs. d 7 agosto 1997, n. 279, emanato su delega di cui

Non sembra tuttavia potersi dubitare circa le diverse modalità di incidere della regola della concorrenza, soprattutto con riguardo alle modalità applicative, a seconda che si verta in materia di appalti o di concessioni di beni, soprattutto ove si abbia riguardo alla difficoltà di preindividuare ai fini della comparazione delle offerte il soggettivo fabbisogno della pubblica amministrazione a base dell'iniziativa contrattuale<sup>18</sup>.

Il tema in considerazione è quello del bilanciamento tra concorrenza e valorizzazione del bene inteso quale interesse primario che in materia di concessioni beni pubblici ha una dignità non inferiore a quello della concorrenza, esattamente come avviene con riguardo ai beni culturali<sup>19</sup>.

alla l. 3 aprile 1997, n. 94, che disciplina la nuova classificazione del bilancio dello Stato, in cui è stata delineata la categoria dei "beni suscettibili di utilizzazione economica" tra cui i beni appartenenti al demanio e che ai sensi dell'art. 14, co.2 della legge sono stimati nel Conto generale del patrimonio secondo «indici di redditività della gestione».

<sup>18</sup> In proposito, A. GIANNELLI, *op. cit.*, part. 138 ss. In cui l'A. Si spinge ad affermare che «il valore della concorrenza in un ambito come quello delle concessioni di beni pubblici rappresenta una forzatura destinata a produrre difficoltà in sede di costruzione della documentazione di gara [...]. La concorrenza, infatti, presuppone un comune metro di valutazione, che nel campo degli appalti pubblici è efficacemente rappresentato dall'attitudine dei vari offerenti alla soddisfazione del fabbisogno della p.a.».

<sup>19</sup> Ai sensi dell'art. 115 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 ss.mm.ii. (Codice dei beni culturale e del paesaggio), rubricato "Forme di gestione": "1. Le attività di valorizzazione dei beni culturali di appartenenza pubblica sono gestite in forma diretta o indiretta.

2. La gestione diretta è svolta per mezzo di strutture organizzative interne alle amministrazioni, dotate di adeguata autonomia scientifica, organizzativa, finanziaria e contabile, e provviste di idoneo personale tecnico. Le amministrazioni medesime possono attuare la gestione diretta anche in forma consortile pubblica.

3. La gestione indiretta è attuata tramite concessione a terzi ovvero mediante l'affidamento di appalti pubblici di servizi, anche in forma congiunta e integrata, da parte delle amministrazioni cui i beni pertengono o dei soggetti giuridici costituiti ai sensi dell'articolo 112, comma 5, qualora siano conferitari dei beni ai sensi del comma 7, mediante procedure di evidenza pubblica, sulla base della valutazione comparativa di specifici progetti. I privati che eventualmente partecipano ai soggetti indicati all'articolo 112, comma 5, non possono comunque essere individuati quali concessionari delle attività di valorizzazione.

4. Lo Stato, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali ricorrono alla gestione indiretta al fine di assicurare un miglior livello di valorizzazione dei beni culturali. La scelta tra le due forme di gestione indicate ai commi 2 e 3 è attuata mediante valutazione comparativa in termini di sostenibilità economico-finanziaria e di efficacia, sulla base di obiettivi previamente definiti. La gestione in forma indiretta è attuata nel rispetto dei parametri di cui all'articolo 114, ferma restando la possibilità per le amministrazioni di progettare i servizi e i relativi contenuti, anche di dettaglio, mantenendo comunque il rischio operativo a carico del concessionario e l'equilibrio economico e finanziario della gestione.

5. Le amministrazioni cui i beni pertengono e, ove conferitari dei beni, i soggetti giuridici costituiti ai sensi dell'articolo 112, comma 5, regolano i rapporti con i concessionari delle attività di valorizzazione mediante contratto di servizio, nel quale sono determinati,

Un bilanciamento da cui sembra completamente prescindere il Consiglio di Stato concentrato in una sorta di “riduzione ad unità” – sedotto dalla pragmaticità eurounitaria – e prospettando una sostanziale convergenza, pur formalmente esclusa, con la disciplina degli appalti.

Che il punto di osservazione del Consiglio di Stato sia estremamente circoscritto e “schiacciato” sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia, anziché orientato ad un sistematico inquadramento assiologico delle concessioni demaniali, è dimostrato anche dalla circostanza che non abbia, nella sostanza, messo in discussione la possibilità del subingresso, istituto considerato solo in relazione all’ulteriore occasione di guadagno in vantaggio del concessionario, laddove, presenta una evidente capacità anticoncorrenziale, anche nell’ipotesi in cui il subentro non comporti un allungamento dei termini contrattuali.

Non si intende prescindere, ovviamente, dallo specifico oggetto di attenzione dell’ordinamento europeo, ben messo in luce dalle sentenze gemelle dell’Adunanza Plenaria, ossia la riduzione degli ostacoli amministrativi che si frappongono alla libera esercitabilità delle attività econo-

tra l’altro, i contenuti del progetto di gestione delle attività di valorizzazione ed i relativi tempi di attuazione, i livelli qualitativi delle attività da assicurare e dei servizi da erogare, nonché le professionalità degli addetti. Nel contratto di servizio sono indicati i servizi essenziali che devono essere comunque garantiti per la pubblica fruizione del bene.

6. Nel caso in cui la concessione a terzi delle attività di valorizzazione sia attuata dai soggetti giuridici di cui all’articolo 112, comma 5, in quanto conferitari dei beni oggetto della valorizzazione, la vigilanza sul rapporto concessorio è esercitata anche dalle amministrazioni cui i beni pertengono. L’inadempimento, da parte del concessionario, degli obblighi derivanti dalla concessione e dal contratto di servizio, oltre alle conseguenze convenzionalmente stabilite, determina anche, a richiesta delle amministrazioni cui i beni pertengono, la risoluzione del rapporto concessorio e la cessazione, senza indennizzo, degli effetti del conferimento in uso dei beni.

7. Le amministrazioni possono partecipare al patrimonio dei soggetti di cui all’articolo 112, comma 5, anche con il conferimento in uso dei beni culturali che ad esse pertengono e che siano oggetto della valorizzazione. Al di fuori dell’ipotesi prevista al comma 6, gli effetti del conferimento si esauriscono, senza indennizzo, in tutti i casi di cessazione dalla partecipazione ai soggetti di cui al primo periodo o di estinzione dei medesimi. I beni conferiti in uso non sono assoggettati a garanzia patrimoniale specifica se non in ragione del loro controvalore economico.

8. Alla concessione delle attività di valorizzazione può essere collegata la concessione in uso degli spazi necessari all’esercizio delle attività medesime, previamente individuati nel capitolato d’oneri. La concessione in uso perde efficacia, senza indennizzo, in qualsiasi caso di cessazione della concessione delle attività.

9. Alle funzioni ed ai compiti derivanti dalle disposizioni del presente articolo il Ministero provvede nell’ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.”

niche cui l'accesso al bene demaniale è strumentale, ed in quanto tale rientrante nell'ambito concettuale della liberalizzazione di cui la Direttiva Bolkestein è il principale riferimento.

Nel caso che interessa in questa sede l'“ostacolo” alla liberalizzazione dell'attività economica al cui esercizio il bene pubblico è strumentale è costituito dalla scarsità delle risorse naturali.

In altri termini, ciò che conta, secondo tale logica “semplificatrice” è il fatto finale, ossia che gli atti abilitativi siano limitati nel numero, e dunque dia luogo alla compressione dell'attività, anche se tale risultato derivi non già da una scelta di politica dell'amministrazione e da conseguenti limitazioni di natura giuridica, bensì da un dato empirico, le caratteristiche del bene (scarso), da cui dipende l'esercizio dell'attività economica fondata sullo sfruttamento del bene stesso<sup>20</sup>.

Da tale angolo visuale, che è quello da cui si è posto anche il giudice amministrativo, l'occasione di guadagno e la scarsità delle risorse si pongono in un rapporto di complementarità strumentale sia per l'aspirante concessionario che per l'ente concedente. Per il primo, sotto il profilo dell'accesso imparziale al bene e dunque all'attività economica esercitabile attraverso il bene stesso; per il secondo, come afferma il Consiglio di Stato, con riguardo «alla domanda che è in grado di generare da parte di altri potenziali concorrenti», e quindi un «potenziale maggior introito per le casse pubbliche» che corrisponderebbe ad «una gestione maggiormente efficiente delle medesime».

Tale relazione strumentale scontata e accettabile per l'imprenditore, non appare altrettanto scontata soprattutto sotto il profilo della assoluta ammissibilità per il soggetto pubblico, ove si rifletta che la leva di tipo economico che induce l'amministrazione competente a sottrarre il bene all'uso collettivo – immediata forma di concretizzazione della natura del bene – deve confrontarsi anche con altri interessi pubblici strettamente connessi alla funzione e alla natura giuridica, ma anche alle caratteristiche fisiche dei beni pubblici considerati.

Occorre dunque chiedersi quale ruolo gioca per l'ordinamento, in termini di interesse da perseguire, la risorsa scarsa che, nel caso specifico, appare altresì ecologicamente e geomorfologicamente fragile del demanio marittimo, proprio in considerazione delle caratteristiche messe in luce dallo stesso giudice amministrativo il quale nel soffermarsi sui dati

<sup>20</sup> Una prospettiva ricostruttiva antitetica a quella (*Tribunal constitucional* n. 223 del 13 novembre 2015) che scinde l'attività economica dal bene.

forniti dal sistema informativo del demanio (SID)<sup>21</sup>, con riguardo allo stato di occupazione delle nostre coste, osserva che i «tratti di litorale soggetti ad erosione sono in costante aumento e che una parte significativa della costa “libera” risulta non fruibile per finalità turistico-ricreative, perché inquinata o comunque “abbandonata”».

È possibile, nella situazione ambientale e sociale data, intendere le concessioni balneari alla stregua di un mero rapporto giuridico reddituale e le coste considerarle, riduttivamente, alla stregua di un qualsiasi bene (mero strumento) idoneo a generare reddito (per soggetti pubblici e privati) attraverso l'utilizzo imprenditoriale da parte del privato e di mera rendita per l'ente concedente, coltivando così la seduzione di uno scambio generalizzato, secondo quello schema che Hans Jonas definì «nuova primitivizzazione» che accentua lo sfruttamento utilitarista e rapace delle risorse naturali, dell'aria, dei mari, dell'acqua, delle foreste<sup>22</sup>?

Non possono esservi dubbi sulla persistenza di importanti tratti di doverosità in capo all'ente concedente che, pur a fronte del generale riconoscimento dell'autonomia negoziale delle amministrazioni<sup>23</sup>, non possono essere trascesi, e in quanto tali in grado di determinare sia lo strumento di azione che il soggetto pubblico è tenuto ad utilizzare, sia i criteri di scelta cui rifarsi<sup>24</sup>.

#### 4. Verso una prospettiva di autentica integrazione tra bene e attività

Secondo la prospettiva tracciata dal Consiglio di Stato, dunque, ai fini dell'applicabilità della Direttiva Bolkestein, l'accesso al bene riveste un ruolo assolutamente marginale (di mero presupposto materiale) nell'instaurazione, e conseguentemente nella regolamentazione, del rapporto autorizzatorio/concessorio che si instaura con il soggetto economico privato.

<sup>21</sup> <https://www.mit.gov.it/documentazione/sistema-informativo-demanio-marittimo-sid>.

<sup>22</sup> H. JONAS, *Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino 1990, 12.

<sup>23</sup> V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino 2012.

<sup>24</sup> È sempre attuale, in proposito, il contributo di F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, in *Scritti giuridici*, Padova 2002, sulla doverosità giuridica dell'amministrazione, nel cui ambito l'A. riconduce anche la discrezionalità amministrativa (part. 49) anch'essa contraddistinta dal dovere, che concorre a definire la posizione dello Stato amministrazione in termini di funzione e l'agere amministrativo in termini di necessità, dunque in posizione confliggente con l'autonomia negoziale.

Ove invece si abbiano presenti, ai fini della regolamentazione del rapporto giuridico, le caratteristiche del bene, e nel caso specifico la fragilità delle coste e dell'ecosistema al cui interno esse "vivono", che dovrebbero indurre il legislatore ad una regolamentazione dell'uso del bene stesso in funzione della sua conservazione e valorizzazione, si potrebbe approdare ad un concetto giuridico di concessione dei beni demaniali, e specificamente per finalità turistico ricreative, in grado ritrovare la funzione pubblica del demanio marittimo e delle spiagge<sup>25</sup>.

È in tale ambito che devono convivere l'interesse alla libertà dell'attività economica con il relativo interesse pubblico allo sviluppo, e il soddisfacimento di interessi collettivi e di sviluppo dei diritti fondamentali della persona strettamente dipendenti dalla cura delle risorse funzionali a preservarne l'integrità o, comunque, ad evitarne la svalutazione<sup>26</sup>.

Né tale affermazione appare particolarmente dirompente nei confronti della Direttiva Bolkestein che sotto il profilo strettamente giuridico si integra perfettamente con i principi e le regole del nostro ordinamento fondanti l'affidamento delle concessioni pubbliche: dai principi di rango costituzionale identificabili nell'imparzialità e nel buon andamento a quelle contenute nel già citato art. 12 della l. n. 241, della cui portata generale si è detto, e da cui si evince la necessità delle procedure di selezione dei concessionari, che siano conformi al principio di imparzialità nella sua funzione egualitaria, nonché al principio del buon andamento da declinare, nel caso specifico, come interesse pubblico alla valorizzazione del bene, quest'ultima da intendere non solo in termini reddituali e finanziari, ma altresì sociali, culturali e ambientali. Ma ancor prima l'art. 41 della Costituzione, che, nel presidiare la libertà di iniziativa economica privata attraverso l'utilità sociale e il raggiungimento dei relativi fini, è alla base non solo della Costituzione economica, ma anche della nostra forma di Stato.

Secondo il percorso proposto, senza scalfire in alcun modo il concetto di concorrenza, ma adeguandolo all'istituto concessorio, il criterio che dovrebbe guidare la selezione non potrà, pertanto, che essere quello della valorizzazione ottimale del bene costiero e che richiederà una pluralità di valutazioni aventi ad oggetto le effettive condizioni di operatività.

Che tale profilo non sia stato considerato dal Consiglio di Stato al fine

<sup>25</sup> Per una analoga prospettiva, M. D'ORSOGNA, *Le concessioni demaniali marittime nel prisma della concorrenza*, in *Urb. e app.* 2011, 599 ss.

<sup>26</sup> In argomento, L. GIANI, *Destinazione e fruibilità dei beni (di interesse pubblico). Spunti per una rivisitazione della dinamica regolativa*, in *Nuove autonomie*, 2, 2016.

della caratterizzazione della tipologia di concessioni in esame emerge con chiarezza anche nella parte motivazionale in cui il giudice amministrativo si sofferma ad indicare i criteri di valutazione selettiva nell'ambito della futura disciplina legislativa sulle procedure di evidenza pubblica. Nel paradigma prospettato al fine della valutazione dell'offerta non compare l'attività di valorizzazione delle risorse naturali scarse il cui sfruttamento ingenera occasione di guadagno, se non in termini di mera "possibilità" di inserimento di standard qualitativi dei servizi e sostenibilità sociale e ambientale in relazione ad altrettanto "eventuali" minimi previsti in sede di indizione della gara<sup>27</sup>.

Ancora una volta viene in considerazione la complessità del rapporto tra bene demaniale e attività economica che sul bene si intende svolgere e sulla funzione che l'ordinamento intende attribuire alle due componenti del rapporto concessorio.

In proposito un risultato rilevante potrebbe ottenersi da una disciplina volta a raccordare l'attività amministrativa di concessione di demanio marittimo, anche a uso turistico balneare, con la pianificazione delle coste<sup>28</sup> al fine di concretizzare quella gestione – ma prima ancora una

<sup>27</sup> Si legge infatti «Ulteriori elementi di valutazione dell'offerta potranno riguardare gli standard qualitativi dei servizi (da incrementare rispetto ad eventuali minimi previsti) e sostenibilità sociale e ambientale del piano degli investimenti, in relazione alla tipologia della concessione da gestire».

<sup>28</sup> Il piano delle coste era stato introdotto già nel 1982 con la legge n. 979 ("Disposizioni per la difesa del mare"). Successivamente, anche la legge del 18 maggio 1989, n. 183 (Norme per il riassetto organizzativo e funzionale della difesa del suolo) aveva disposto che l'attività di programmazione deve curare la protezione delle coste e degli abitati dall'invasione e dall'erosione delle acque marine ed il ripascimento degli arenili, anche mediante opere di ricostruzione dei sistemi dunosi, prevedendo altresì la delega alle Regioni, delle funzioni amministrative statali relative alla difesa delle coste (con esclusione delle zone comprese nei bacini di rilievo nazionale, nonché delle aree di permanente interesse nazionale per la sicurezza dello Stato e della navigazione marittima). Questa legge è stata poi superata e in parte inglobata nel d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 (Norme in materia ambientale) e s.m.i. confermando (art. 56) che "le attività di programmazione, di pianificazione e di attuazione relativi alla difesa del suolo riguardano anche la protezione delle coste e degli abitati dall'invasione e dall'erosione delle acque marine ed il ripascimento degli arenili, anche mediante opere di ricostruzione dei cordoni dunosi" e precisando che "Le attività di programmazione, di pianificazione e di attuazione degli interventi [riguardano] in particolare: la disciplina delle attività estrattive nei corsi d'acqua, nei laghi, nelle lagune ed in mare, al fine di prevenire il dissesto del territorio, inclusi erosione ed abbassamento degli alvei e delle coste". A ciò va poi aggiunto il d.l. 19 giugno 2015 n. 78, convertito in legge 6 agosto 2015 n. 125 all'art. 7 comma 9-septiesdecies ai sensi del quale "In previsione dell'adozione della disciplina relativa alle concessioni demaniali marittime, le regioni, entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione

visione – integrata che consideri a monte, quindi previamente ed obiettivamente i diversi interessi, ormai affidati alla cura di diverse amministrazioni, quelli volti ad assicurare la difesa e la conservazione del demanio costiero e quelli relativi all’economia balneare<sup>29</sup>.

del presente decreto, operano una ricognizione delle rispettive fasce costiere, finalizzata anche alla proposta di revisione organica delle zone di demanio marittimo ricadenti nei propri territori. La proposta di delimitazione è inoltrata al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, al Ministero dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare e all’Agenzia del demanio, che nei centoventi giorni successivi al ricevimento della proposta attivano, per gli aspetti di rispettiva competenza, i procedimenti previsti dagli articoli 32 e 35 del codice della navigazione, anche convocando apposite conferenze di servizi”; nonché il decreto legge 5 ottobre 1993 n. 400 (“Disposizioni per la determinazione dei canoni relativi alle concessioni demaniali marittime”) convertito in legge 4 dicembre 1993, n. 494, che all’art. 6 prevedeva la delega alle Regioni anche delle funzioni amministrative nella materia concessoria (rilascio e rinnovo), per l’esercizio della quale è prevista la “predisposizione di un Piano di utilizzazione delle aree del demanio marittimo”, acquisito il parere dei Sindaci dei comuni interessati e delle associazioni regionali di categoria.

<sup>29</sup> Sugli strumenti di pianificazione del demanio costiero, ed in particolare sull’incidenza dell’intervento legislativo che impone la pianificazione di settore su modi e limiti dei diritti dei terzi su bene demaniale costiero, F. FRANCIOSI, *Il demanio costiero. Pianificazione e discrezionalità*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it).