

L'annosa vicenda delle concessioni demaniali.
La direttiva 2006/123/CE (c.d. Direttiva Bolkestein).
Evoluzione normativa e giurisprudenziale.



Avv. Niccolò Travia

19 dicembre 2023

L'OGGETTO

Beni del demanio marittimo

Art. 822, comma 1, cod. civ. -> nella categoria del demanio marittimo e appartengono allo Stato in via esclusiva.

Art. 36, Cod. Nav. → l'amministrazione marittima può concedere l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di beni demaniali e di zone di mare territoriale.

Commercio al dettaglio su aree pubbliche

Art. 28, comma 1, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114 «Riforma della disciplina relativa al settore del commercio» → può essere svolto:

- a) su posteggi dati in concessione per dieci anni;
- b) su qualsiasi area purché in forma itinerante.

L'esercizio dell'attività è soggetto ad apposita autorizzazione.

LA COMPETENZA

Concessioni balneari per finalità turistico-ricreative

d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616 delega alle Regioni le funzioni «*sul litorale marittimo, sulle aree demaniali immediatamente prospicienti, sulle aree del demanio lacuale e fluviale, quando la utilizzazione prevista abbia finalità turistiche e ricreative*». Competenze amministrative riguardanti il rilascio delle concessioni di beni del demanio marittimo conferite alle Regioni (art. 105, c.2, lett. 1), d.lgs. 31 marzo 1998, n.112) e poi delegate ai comuni (art. 42 del d.lgs. 30 marzo 1999, n.96) (le regioni mantengono il potere di indirizzo)

Concessioni per la nautica da diporto

modifica del Titolo V della Costituzione →
attribuzione alle Regioni della competenza legislativa concorrente
in materia di “porti e aeroporti civili;
grandi reti di trasporto e di navigazione”

principi di
sussidiarietà,
differenziazione
ed adeguatezza
(art. 118, primo
comma, della
Costituzione).

LA COMPETENZA

Commercio al dettaglio su aree pubbliche

L'autorizzazione all'esercizio dell'attività di vendita sulle aree pubbliche mediante l'utilizzo di un posteggio è rilasciata, in base alla normativa emanata dalla regione, dal sindaco del comune sede del posteggio ed abilita anche all'esercizio in forma itinerante nell'ambito del territorio regionale.

L'autorizzazione all'esercizio dell'attività di vendita sulle aree pubbliche esclusivamente in forma itinerante è rilasciata, in base alla normativa emanata dalla regione, dal comune nel quale il richiedente, persona fisica o giuridica, intende avviare l'attività.

LA DISCIPLINA DELLE CONCESSIONI DEMANIALI

Il diritto di insistenza

Art. 37 cod. nav.: diritto di insistenza del titolare della concessione uscente -> disparità di trattamento -> estremamente difficile, se non impossibile, l'accesso di qualsiasi altro concorrente alle concessioni

Preferenza del titolare uscente rispetto agli altri richiedenti

Il rinnovo automatico

Art. 1, comma 2, d.l. n. 400/1993 (post 2001): rinnovo automatico e generalizzato delle concessioni di sei anni in sei anni.

La direttiva 2006/123/CE la c.d. Direttiva Bolkestein

Finalità

Eliminare gli ostacoli alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei servizi negli Stati membri mediante una effettiva applicazione del principio di concorrenza all'interno degli ordinamenti nazionali.

Art. 12:

Se numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzate gli Stati membri → le amministrazioni devono applicare una procedura di selezione tra i candidati con garanzie di imparzialità, trasparenza e pubblicità, → l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente.

Recepimento in Italia - d.lgs. 26 marzo
2010, n. 59

La procedura d'infrazione n. 2008/4908 e la direttiva 2006/123/CE «Bolkestein»

lettera di messa in mora della Commissione del 29 gennaio 2009 → art. 37, comma 2, viola l'art. 49 TFUE

D.L. 194/2009: eliminato diritto di insistenza ma proroga sino al 31.12.2015 e rinnovi automatici (6+6+6..)

lettera del 5 maggio 2010 → anche violazione Bolkestein

L. 217/2011: eliminati rinvii ai rinnovi automatici + Autorizza Governo alla riordino della disciplina

Chiusura della procedura di infrazione

D.L. 179/2012: nuova proroga sino al 31.12.2020 - > ammortamento investimenti

La sentenza del 14 luglio 2016 della CGUE: cd. *Promoimpresa* (C-458/14 e C-67/15)

La CGUE ha dovuto stabilire, in astratto, se l'art. 12 della Direttiva Bolkestein ostasse o meno alla normativa nazionale che consentiva la proroga automatica delle concessioni demaniali in essere per le attività turistico-ricreative.

Nozione di «regime di autorizzazione»: anche le procedure amministrative per il rilascio di concessioni

spetta al giudice nazionale stabilire se le concessioni hanno ad oggetto «risorse naturali scarse»

La normativa nazionale che prevede la proroga *ex lege* delle concessioni equivale ad un rinnovo automatico delle autorizzazioni: espressamente vietato dall'art. 12, par. 2, della Direttiva.

Necessarie procedure aperte che rispettino il principio di non discriminazione.

La sentenza cd. *Promoimpresa* rappresentava davvero una novità?

Corte Costituzionale
nn. 171/2013,
2/2014: le proroghe
automatiche
determinano
alterazioni alla libera
concorrenza

Corte dei Conti n.
486/2009 e del.
n.20/2021/G :
rilascio delle
concessioni senza
gara può configurare
un danno erariale

Segnalazioni AGCM: le
proroghe automatiche
limitano
ingiustificatamente la
libertà di circolazione e
di stabilimento +
possibilità indennizzo
per i concessionari
uscenti

Necessaria valorizzazione del bene demaniale delle coste italiane

Ancora proroghe

Art. 1, commi 682 e 683 della L. n. 145/2018: ulteriore proroga generalizzata sino al 31.12.2033

Sentenza Cons. St. n. 7874/2019: la proroga legale delle concessioni non può trovare cittadinanza nel nostro ordinamento

Art. 182, comma 2, D.L. n. 34/2020: arresto delle eventuali procedure selettive → fase emergenziale

SIB: il demanio marittimo non costituisce risorsa limitata, manca il presupposto per l'applicazione della Direttiva Bolkestein



Procedura di infrazione n. 2020/4118

LE SENTENZE GEMELLE

Adunanza Plenaria, nn. 17 e 18 del 2021

Questione: compatibilità della legge italiana che regola le modalità di assegnazione e la durata delle concessioni dei beni demaniali marittimi, lacuali e fluviali per attività ricreative e turistiche, con le disposizioni della direttiva 2006/1237CE e con gli artt. 49 e 56 del TFUE.

Quesiti deferiti all'Adunanza
Plenaria con decreto n. 160/2021

1. È doverosa la disapplicazione delle leggi statali o regionali che prevedono proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni balneari?
2. L'amministrazione era tenuta all'annullamento d'ufficio del provvedimento contrastante con il diritto europeo, ai sensi dell'art. 21-octies della L. n. 241/90?
3. Con riferimento alla moratoria introdotta dall'art. 182, comma 2, D.L. n. 34/2020 quali dovevano intendersi quali concessioni in essere?

LE SENTENZE GEMELLE

Adunanza Plenaria, nn. 17 e 18 del 2021

Sull'applicabilità dell'art. 49 del TFUE:

Adatta il criterio dell'interesse transfrontaliero certo alle particolarità del settore del mercato che viene in considerazione:

uno dei patrimoni naturalistici più rinomati e attrattivi del mondo;

Possibilità di ricorrere alla sub-concessione ai sensi dell'art. 45-bis cod. nav. a fronte di un canone di cessione irrisorio.

Grande Sezione 30 gennaio 2018, n. 360:
il criterio dell'interesse certo transfrontaliero non è necessario per l'applicazione del principio di concorrenza.

Sull'applicabilità dell'art. 12 della Direttiva Bolkestein:

Scarsità della risorsa a livello nazionale

Direttiva che deve considerarsi self-executing: disapplicazione normativa nazionale

Apertura del mercato: assegnazione delle concessioni mediante procedura di evidenza pubblica

LE SENTENZE GEMELLE

La scarsità della risorsa

Adunanza Plenaria:
valutazione circa
sussistenza del
prerequisito della
scarsità della risorsa
per applicare la
direttiva servizi



Sono residue risorse
ancora disponibili sufficienti
per permettere lo
svolgimento delle stesse
prestazioni per operatori
diversi da quelli protetti
dalle proroghe?



Valutazione anche degli
aspetti qualitativi:
domanda che è in
grado di ingenerare nei
potenziali concorrenti



SID: quasi il 50% delle
coste è occupato da
stabilimenti balneari



Situazione
del singolo
comune

Le aree demaniali marittime al
momento disponibili per i
nuovi operatori sono
caratterizzate da una notevole
scarsità.

La scarsità della risorsa

Accezione fisica

Accezione giuridica

Accezione
«relativa»



Non permette una delimitazione dell'attributo



Presente solo in dottrina



Valutazione della scarsità praticata a livello Comunale



Verrebbe ad assumere una impronta estremamente soggettiva
Potrebbe condurre ad inaccettabili sperequazioni tra territori anche contigui

Plenaria

LE SENTENZE GEMELLE

La disapplicazione

Il CdS ribadisce l'obbligo di non applicare la legge nazionale anti-comunitaria

Obbligo di disapplicare la norma anche in capo all'apparato amministrativo: ma nel caso in esame non vi sono provvedimenti amministrativi -> la proroga avviene *ex lege*

La proroga deve considerarsi *tamquam non esset*

Viene disposta una modulazione degli effetti temporali della propria decisione

Concessioni demaniali rimangono efficaci sino al 31 dicembre 2023

Rilevata l'insussistenza del legittimo affidamento degli operatori del settore

Nel 2008 era stata intrapresa la prima procedura di infrazione

LE SENTENZE GEMELLE

Le indicazioni al legislatore per lo svolgimento di procedure di assegnazione ad evidenza pubblica

1. Devono essere evitate ipotesi di preferenza automatica per i gestori uscenti;
2. I criteri di selezione devono essere proporzionati, non discriminatori ed equi;
3. I criteri devono valorizzare l'esperienza e il know-how acquisito da chi ha già svolto attività di gestione dei beni;
4. Le concessioni devono avere durata limitata e giustificata in base a valutazioni tecniche, economiche e finanziarie.

Divieto di prevedere dei vantaggi in favore del concessionario uscente:
possibile la previsione di un indennizzo?

LE SENTENZE GEMELLE

Sull'art. 182, comma 2, D.L. n. 34/2020 e la proroga sino al 31.12.2033

Art. 182, comma 2, D.L. n. 34/2020: emergenza sanitaria ed economica -> necessità dell'ulteriore proroga sino al 2033
+ volontà di superare la decisione del Cons. St. n. 7874/2019

La Plenaria non ha ritenuto sussistenti i presupposti per il rinnovo della proroga legale

Produce l'effetto opposto da quello asseritamente desiderato dal legislatore:

- scoraggia gli investimenti;
- blocca la necessaria modernizzazione del settore.

Il legislatore non ha sufficientemente giustificato il rinnovo della proroga legale.

Documento AIR:
alcuna traccia dei danni subiti dal settore

Accesi conflitti



Giudici
Autorità di
regolazione
I cittadini (fruitori
diretti del bene)

Portavoce dei
principi
europei

Legislatore statale e
regionale
Operatori del settore

Difesa dello
status quo

Le istanze ambientali

Gravissima sottovalutazione delle istanze ambientali correlate alle risorse naturali oggetto di concessione



Situazione che non è presente in altri sistemi europei

Mantenimento delle infrastrutture amovibili sugli arenili anche nei periodi di mancata erogazione dei servizi

Codice beni culturali e paesaggio

Dichiarate illegittime le previsioni che ammettevano il mantenimento per l'intero anno solare delle strutture amovibili sulle spiagge in concessione

Verso una tendenziale uniformità alle sentenze gemelle

Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 - L. n. 118/2022:

1. Abrogazione della proroga al 31.12.2033;
2. Delega al governo: predisporre mappatura delle concessioni demaniali + regole per l'affidamento delle nuove concessioni.
3. Conferma della proroga al 31.12.2023.

Cass. Pen., III sez., n. 404/2021:

1. Legge concorrenza trova applicazione per le concessioni già in essere al 27.08.2022;
2. Integra il reato di cui all'art. 1161 cod. nav. per l'occupazione dello spazio demaniale marittimo oltre la scadenza della concessione.

Segnalazione ANAC 6.09.2022, n. 4:

1. Necessità di distinguere le ipotesi di mere concessioni di beni dalle altre: applicazione del cod. contratti pubblici o meno;
2. Impegno nel mettere a disposizione la propria esperienza maturata nel settore delle procedure ad evidenza pubblica.

IL C.D. DECRETO «MILLEPROROGHE»

D.L. 29 dicembre 2022, n. 198, convertito nella Legge 24 febbraio 2023, n. 14

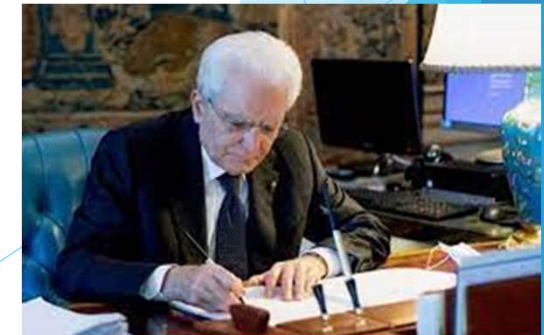
Il Governo si era reso conto di non riuscire a rispettare le tempistiche

Art. 10-ter
Proroga del termine di utilizzo dei manufatti amovibili fino al 31.12.2023

Art. 10-quater
Tavolo tecnico presso la PdC per determinare la sussistenza della scarsità della risorsa naturale disponibile

Proroga efficacia delle concessioni demaniali marittime al 31.12.2024

Intervento del Presidente della Repubblica in sede di promulgazione della legge di conversione: lettera sulle proprie perplessità



Critiche nei confronti delle sentenze gemelle

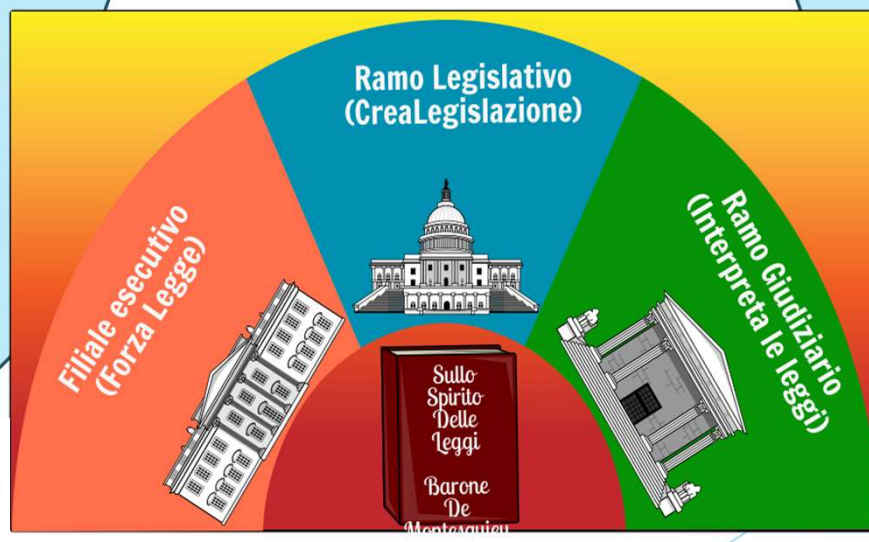
Il Consiglio di Stato avrebbe esorbitato il proprio ordinario potere nell'esercizio della sua funzione

=

Crisi del principio della separazione dei poteri dello Stato

Nella disapplicazione delle norme nazionali contrastanti con il diritto EU: ruolo sostanzialmente legislativo

Possibilità di modulare nel tempo gli effetti della propria pronuncia: Ad. Plen. 13/2017; Cons. St., sez. I, n. 1233/2020.



Sentenza del Consiglio di Stato, sez. VII, 1° marzo 2023, n. 2192

Il Consiglio di Stato ha voluto esorbitare il perimetro della fattispecie dedotta in giudizio:

Ha indicato espressamente quale sarebbe stato l'esito di altri eventuali giudizi aventi ad oggetto la norma del decreto «milleproroghe» o norme di analogo tenore, che spostano il termine di efficacia delle concessioni demaniali marittime al di là della data indicata dall'Ad. Plen.

Illegittimità della proroga di un anno delle concessioni prevista dalla L. n. 14/2023

Diretta disapplicazione

Rischio di rafforzare la contaminazione tra poteri istituzionali dello Stato

SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA DEL 20 APRILE 2023, N. 348

Conferma e precisa il proprio orientamento sull'applicabilità delle disposizioni della direttiva servizi alle concessioni demaniali marittime

NOVITÀ

Opportunità per le Amministrazioni Comunali di prorogare alle concessioni esistenti: valutazione della scarsità della risorsa naturale guardando alla situazione esistente nel singolo territorio costiero comunale



Implicazioni dell'approccio combinato sulla valutazione della scarsità delle risorse balneari

Combinazione approccio generale e astratto + approccio caso per caso



Rispetto degli obiettivi di sfruttamento economico delle coste

Appropriatezza dell'attuazione di tali obiettivi nel territorio costiero del singolo comune.

La valutazione compiuta dalla Plenaria nel 2021 può essere oggetto di nuovo di accertamento caso per caso dalle singole amministrazioni comunali

Possibilità per l'Ente comunale di ritenere non applicabile la disciplina europea e disporre nuove proroghe

Applicazione non uniforme delle regole europee

Il tema dell'indennizzo

Art. 49 cod. nav.:

«Salvo che sia diversamente stabilito nell'atto di concessione, quando venga a cessare la concessione, le opere non amovibili, costruite sulla zona demaniale, restano acquisite allo Stato, senza alcun compenso o rimborso, salva la facoltà dell'autorità concedente di ordinarne la demolizione con la restituzione del bene demaniale nel pristino stato».

Cons. St., Sez. VII, ord.
n. 8010/2022

Applicabilità art. 49 cod. nav. in caso di rinnovo (e non di proroga):

- tesi formalistica;
- tesi sostanzialistica.

Il Consiglio di Stato esclude la prospettata incostituzionalità della norma: l'art. 49 cod. nav. prevede un regime derogatorio concedendo alle parti la possibilità di riconoscere un indennizzo teso a remunerare gli investimenti effettuati.

Il tema dell'indennizzo

Sentenza *Leazza*
della CGUE

l'art. 49
cod. nav.
Semberebbe
NON
applicabile n
caso di
rinnovo senza
soluzione di
continuità

Il Consiglio di Stato prospetta la violazione del principio di
proporzionalità

Prospettata la possibilità di prevedere il riconoscimento di un
indennizzo teso a remunerare gli investimenti effettuati

L'assenza di un
indennizzo scoraggia
ulteriormente la
libera iniziativa
economica privata

L'azienda balneare
non ha reale spazio
per svolgere una
effettiva
negoziante

Spoliazione senza indennizzo:
misura sproporzionata

Il tema dell'indennizzo

Consiglio di Stato, ordinanza del 6.09.2023:

chiarimento richiesto dalla CGUE in ordine alla devoluzione e al momento esatto in cui questa avviene.

La devoluzione si produce al momento in cui scade la durata della concessione e cessa l'efficacia della stessa

La devoluzione ha efficacia *ex lege*: non è necessario un ulteriore atto per trasferire la proprietà delle opere

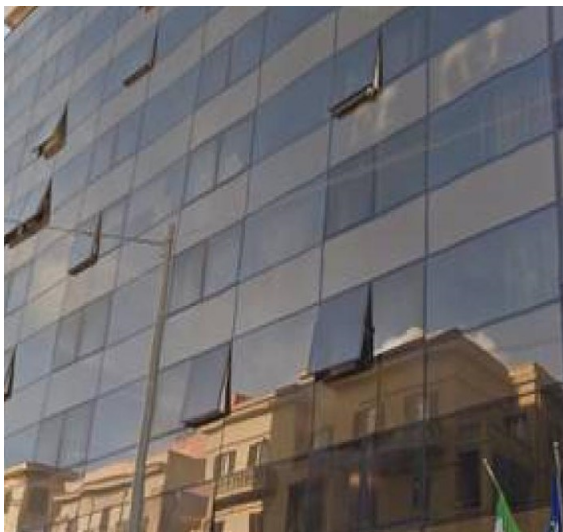
Accertamento dell'effettiva consistenza: è necessario per richiedere le maggiorazioni del canone.

È difficile per il concessionario comprendere il momento in cui si realizza l'effetto acquisitivo a sé sfavorevole

L'assenza di un provvedimento acquisitivo può impedire o rendere gravosa la tutela dei diritti dei concessionari

Quale procedura per affidare le nuove concessioni demaniali marittime?

Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, sez. giurisdizionale, del 22 maggio 2023, n. 350



Insussistenza per le Amministrazioni dell'obbligo di indire una procedura ad evidenza pubblica come disciplinata dal codice dei contratti pubblici per l'affidamento delle concessioni demaniali marittime: è indispensabile solamente che sia la procedura di selezione persegua i canoni di **trasparenza, imparzialità e par condicio tra gli interessati**



Mediante una specifica forma di licitazione privata ai sensi dell'art. 37 cod. nav.



La questione è ancora aperta



Concluso il tavolo tecnico consultivo
istituito presso la Presidenza del
Consiglio

SS.UU. Sent. 23 novembre 2023, n.
32559

Confermata la
mancanza del
presupposto per
l'applicabilità
dell'art. 12 dir.
2006/123/CE



Cassata la sentenza
Ad. Plen. N.
18/2021 per la
rilevata sussistenza
del vizio di eccesso
di potere

Il canone di concessione

Regio Decreto n. 5166 del 20.11.1879: viene previsto per la prima volta il canone per le concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo.



Continui interventi di revisione dell'importo del canone in quanto estremamente esiguo: evidente marginalità degli introiti per le casse dello Stato.

Business redditizio tranne che per lo Stato

Nel 2019 115 milioni di euro richiesti dallo Stato. Solamente 83 effettivamente riscossi.

Grazie dell'attenzione

studio@lorenzoni.org