

## RELAZIONE

### **Concessione demaniale marittima a scopo turistico-ricreativo.**

1). Non pare utile richiamare i punti nodali delle sentenze nn. 17/2021 e 18/2021 dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Si potrà discutere criticamente, come in effetti è avvenuto, se sussista effettivamente l'interesse transfrontaliero o la risorsa sia scarsa sì da giustificare l'estensione applicativa della direttiva servizi alle concessioni c.d. balneari, se i *dicta* precettivi espressi nelle sentenze – anomali rispetto all'ortodossia giuridica che caratterizza ordinariamente la decisione del giudice amministrativo – risentano di tutto il peso di *maiora premunt*.

Va detto però che in un paese con alto debito pubblico ed ingente risparmio accumulato dalla popolazione, i beni di posizione, quali le coste ed i litorali marini, sollecitano i gruppi finanziari esteri ad accaparrarsi – a poco prezzo – la gestione economica.

E si pone l'interrogativo di quale tutela riceva il nostro patrimonio costiero a livello sovranazionale posto che esso si colloca nella "terra di mezzo" fra CEDU che tutela l'individuo e l'Unione europea che vigila sul mercato.

Ossia, con specifico riguardo al tema in oggetto, su un mercato che al momento non c'è.

Sicché, in ipotesi, non si configurano nemmeno in astratto l'intesa o concentrazione vietata e l'abuso di posizione dominante, che, per l'appunto, presuppongono la previa definizione di un mercato geograficamente rilevante.

Conflitto – lo dico provocatoriamente per sollevare il dibattito – fra rendite di posizione?

Tracciamo sinteticamente il quadro storico-giuridico in cui s'inscrivono le sentenze che, se esaminate in questa prospettiva, danno ragione a chi afferma "il primato del presente rispetto ad ogni passato" o, altrimenti detto, nel traslato storico-filosofico "la ragione è il presente".

Indagine sommaria, è bene precisare, articolata sull'assetto normativo, sull'oggetto della concessione e sugli indirizzi assunti dalla giurisprudenza.

Nell'ordine.

a) A tutt'oggi non c'è una disciplina organica delle concessioni balneari, ancora condensata nelle linee portanti negli artt. 823 c.c., 34 e 37 cod. nav.

Ricordiamo, quanto al riparto di competenze, che l'art. 59 d.P.R. n.616/1977 ha demandato alle Regioni a statuto ordinario le funzioni amministrative circa la conduzione del demanio marittimo allorché esso "abbia finalità turistico ricreative".

Di converso, va sottolineato, il regime dominicale spetta ancora allo Stato.

Con il d.l. n.400/1993 è stata dettata la nuova disciplina dei canoni concessori.

Il d.lgs. n. 112/1998 all'art. 105 ha espressamente previsto che spettano alla Regioni – e per loro tramite agli enti locali (cfr., l.r. Liguria 28 aprile 1999 n. 13) – il rilascio delle concessioni di beni del demanio per finalità diverse da quelle di approvvigionamento di fonti d'energia.

A seguito della prima procedura d'infrazione del 2008, è stato adottato il d.l. n.194/2009 che all'art. 1, comma 18, ha espunto il diritto d'insistenza previsto all'art. 37, comma 2, cod. nav., e, facendo

salve le precedenti disposizioni contenute nel d. l. n.400/1993, ha rinnovato in modo automatico le concessioni di sei anni in sei anni in essere.

Da cui l'ulteriore procedura d'infrazione per contrasto con l'art. 12 della "direttiva Bolkestein" e per violazione della libertà di stabilimento riconosciuta ai cittadini degli stati membri direttamente dall'art. 49 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

Con l'art. 16 d.lgs. 59/2010 è stata recepita *tal quale* nell'ordinamento nazionale la direttiva Bolkestein, tant'è che la norma, va notato, riproduce nella sua interezza l'art. 12 della direttiva, sicché la questione sulla natura c.d. *self-executing* di essa non ha più ragione di porsi nei termini ultimativi come ancora si legge in alcune sentenze.

Di seguito, con il comma 675 l. n. 145/2018 sono state previste nuove proroghe per le concessioni in essere alla data di entrata in vigore della legge; proroghe confermate dal decreto rilancio n. 34/2020.

Infine con il d.l. n.104/2020 le proroghe di cui alla l. 145/2018 sono state estese anche alle concessioni "lacuali e fluviali", che, va ricordato, hanno dato stura alla sentenza della Corte di giustizia del 2016 (cfr. concessione su un tratto di costa del lago di Garda e di Idro).

Insomma non è stata ancora dettata una disciplina organica che vada oltre la c.d. parte destruens (abrogazione del diritto d'insistenza).

Le Regioni, va sottolineato, hanno tentato di colmare il supposto vuoto normativo ma la Corte costituzionale ha più volte stoppato detti interventi normativi, predicando, ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost., la competenza esclusiva dello Stato in materia di concorrenza.

b) L'oggetto della concessione balneare.

La concessione balneare non ha (più) ad oggetto il solo bene demaniale, la *res in sé*, sebbene le utilità economiche che da essa ritrae il concessionario.

È il postulato su cui si regge l'intero impianto delle sentenze dell'Adunanza Plenaria.

Ricordiamo, come aneddoto: lo stesso Frederick Bolkstein ha precisato che la direttiva, nelle intenzioni, non riguardava affatto i beni demaniali.

La Commissione europea prima e la Corte di Giustizia poi (sentenza Promoimpresa) si sono incaricate d'estenderla alle concessioni balneari, proprio sul rilievo che l'oggetto della concessione è il servizio offerto agli utenti e, con esso, l'utilità economica (o, in senso più generico ed artefatto) l'occasione di guadagno che l'imprenditore riceve.

Viene fatto di dire che la Commissione e la Corte di Giustizia siano memori della tesi marxista a mente della quale i beni materiali si dissolvono soppiantati dalle utilità o (mutuando il gergo marxista) dal plus valore prodotto.

Ma, da altra prospettiva, in senso opposto, i beni demaniali rivendicano la propria e specifica consistenza materiale intesi come beni collettivi o beni comuni.

Si assiste, infatti, ad un processo inverso alla dematerializzazione dettato da un nuovo paradigma giuridico, che poi tanto nuovo non è se solo s'abbia riguardo al fatto che nel diritto romano la *res publica* era ciò che rilevava dal punto di vista dell'interesse collettivo: *res communis* che, non appartenendo a nessuno, era di tutti.

Il bene demaniale, la spiaggia per intenderci, nella sintassi giuridica odierna, almeno tendenzialmente, pare ri-entrare nel novero della categoria del bene comune.

Vero è che la l. 20 novembre 2017 n. 168 (*norme in materia di domini collettivi*) non ha novellato la disciplina dei beni demaniali, nondimeno la realtà di fatto restituisce una diversa concezione di essi.

L'utilizzazione *uti singuli* non solo *uti cives* del demanio pubblico come bene comune o bene collettivo non richiede la previa individuazione civilista della titolarità soggettiva di un diritto (la c.d. appartenenza), *medium* giuridico per accertare le facoltà ivi ricomprese, oggetto di tutela.

Ancora una volta il retaggio storico del diritto ci aiuta a comprendere: s'affermava *res mea est* non omologabile allo *jus mihi est* che fonda il nostro ordinamento civile.

La categoria di bene collettivo o comune, a più forte ragione, si consolida nel diritto amministrativo che, accanto alla nozione sfuggente dell'interesse legittimo, conosce da sempre gli interessi diffusi, gli interessi collettivi, ossia gli interessi c.d. adespoti, senza titolarità soggettiva esclusiva.

E in senso deterministico, ossia in virtù della forza dei fatti che nel diritto preme e talvolta s'impone sui valori, laddove vi sono buone ragioni al servizio di una giusta causa, quale l'utilizzazione collettiva del demanio marittimo, lacuale e fluviale, il legislatore e l'amministrazione, per quanto di rispettiva competenza, devono assumere le decisioni più idonee per ricercare le soluzioni che contemperino le opposte esigenze.

Insommasi riproduce plasticamente, sotto mutate e rinnovate spoglie, stante la natura ambivalente – un irrocervo – della concessione demaniale (occasione di guadagno economico, da un lato, *res publica* o bene comune, dall'altro) la polarità: uso particolare uso generale del bene demaniale; servizio/bene; concessione-contratto/concessione pura.

Dialettica che significativamente – dando senso compiuto alla problematicità della questione – si ripropone nei medesimi termini antagonisti nelle nazioni dell'unione europea che s'affacciano sul mediterraneo, e da esse variamente risolto a livello legislativo.

Un recente esempio pare paradigmatico.

Tar Calabria, Reggio Calabria 12 settembre 2022 n. 610. Riassumo la massima.

E' illegittima per difetto di motivazione e per violazione del principio di proporzionalità, l'ordinanza con la quale il sindaco ha disposto il divieto nei confronti dei conduttori di animali, anche se muniti di museruola e guinzaglio, di potere accedere alle spiagge libere di tutto il litorale comunale.

Il ricorso è stato presentato da un'associazione animalista ammessa al gratuito patrocinio: l'interesse collettivo all'utilizzazione animalista del bene comune fonda legittimazione ed interesse al ricorso avverso l'ordinanza comunale interdittiva.

Va messo in evidenza che nella sentenza non si fa alcun riferimento al 3° comma dell'art. 9 Cost., come novellato dalla legge costituzionale 11 febbraio 2022, che fissa il principio animalista nella Costituzione.

Gli amministratori locali, quanto alla fruizione di un bene comune, posti dinanzi al principio costituzionale invocabile direttamente secondo il meccanismo sorto in Germania del *Drittwirkung*, potranno limitarsi a rieditare ordinanze prestampate, le quali più che regolare la questione pongono divieti generali?

c) Gli indirizzi giurisprudenziali.

L'intreccio degli interessi sottesi all'utilizzazione del litorale si manifesta plasticamente nella pluralità delle giurisdizioni coinvolte.

In sintesi la materia è il punto d'incrocio – e di frizione va realisticamente aggiunto – della giustizia amministrativa, penale, civile e tributaria.

Quest'ultima affronta nodi ancora irrisolti, quali l'accatastamento o meno di cabine, chioschi e delle strutture amovibili, con l'ulteriore questione dell'individuazione della relativa rendita catastale.

Inoltre l'AGCM – legittimata, ai sensi dell'art. 21 *bis* della legge 287 del 1990, a ricorrere dinanzi al giudice amministrativo contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme della concorrenza e mercato –, previa diffida motivata, ha iniziato ad impugnare presso i Tribunali amministrativi regionali le determine dirigenziali contenenti il procedimento diretto al perfezionamento della “proroga” delle concessioni a favore dei concessionari “uscenti” in quanto ritenute in contrasto con il TFUE nonché con i principi comunitari di libera circolazione dei servizi, di par condicio, di imparzialità e di trasparenza derivanti dalla Direttiva n. 123/2006 (Cfr. segnalazioni n. AS1684 del 13/07/2020 in Bollettino n. 28/2020, n. AS1550 del 20/12/2018 in Bollettino n. 48/2018 e n. AS481 del 12/11/2008 in Bollettino n. 39/2008).

Proprio esaminando il ricorso presentato da AGCOM, il Tar Puglia, sezione di Lecce, con ordinanza 11 maggio 2022 ha disposto un nuovo rinvio ex art. 267 del Trattato Ue sottoponendo alla Corte di Giustizia ulteriori questioni pregiudiziali relative alle concessioni balneari.

In senso opposto, si segnala Tar Toscana 8 marzo 2021 n. 363.

Il ricorso dell'Autorità Garante è stato accolto ed il provvedimento dell'ente locale territoriale è stato annullato.

Il Giudice penale, a sua volta, ha disapplicato la disciplina di proroga ed ha ritenuto integrato il reato, ex art. 1161 cod. nav., d'occupazione abusiva dello spazio demaniale, avallando il sequestro dell'area

demaniale in concessione (cfr., Cass. Pen. 22 aprile 2022 n. 15676, nel caso Bagni Liggia di Genova).

La sentenza è difforme dall'orientamento delle Sezioni Unite della Cassazione (n. 22225/2012) che ha escluso che la violazione del diritto unionale possa produrre effetti *in malam partem*.

La disapplicazione della normativa interna per contrasto con la direttiva self-executing dovrebbe operare in senso verticale contro lo Stato inadempiente, non in *malam partem* contro il cittadino.

In definitiva sembra avere preso piede un'inedita forma di disapplicazione c.d. verticalità inversa, che pare essere stata condivisa dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria.

Mi esprimo dubitativamente perché espressamente si specifica nelle sentenze (cfr., paragrafo 37) che la disapplicazione in materia, alla stregua dei principi costituzionali che governano il diritto penale, non integra, retroattivamente, alcun reato.

La questione della disapplicazione ha effetti dirompenti per gli amministratori.

Anch'essi sono tenuti a disapplicare la disciplina di proroga.

Nella vicenda di Genova non può farsi a meno di richiamare l'ordinanza di convalida del Tribunale di Genova del sequestro in esecuzione alla sentenza Cass. pen. sez. III, n. 25993/2019.

Il Tribunale ha restituito gli atti al P.M. perché – così si legge – svolga accertamenti investigativi in ordine all'eventuale condotta penalmente rilevante (ex artt. 323, 328 e 361 c.p.) derivante dal “*comportamento delle Autorità amministrative (Agenzia del Demanio, Capitaneria di Porto e Comune di Genova) che mostrano di aver tollerato per circa un decennio la consumazione dell'illecito penale in esame ad opera dell'indagato*”.



Con licenza poetica, evocando un passo dei Promessi Sposi: gli amministratori paiono assumere la veste di vasi coccio fra i vasi di ferro dell'autorità giudiziaria e degli imprenditori del settore.

Al di là della metafora letteraria, una qualche garanzia istituzionale deve pur esserci.

Nel disapplicare la disciplina di proroga le sentenze dell'Adunanza Plenaria hanno attribuito ai provvedimenti di proroga dell'ente locale natura meramente ricognitiva dell'effetto prodotto direttamente *ex lege*.

Da qui una serie di conseguenze in breve riassunte: la disapplicazione può (e deve) operare in senso inverso, contro il titolare della concessione prorogata; il terzo, aspirante alla messa gara della concessione per ottenere l'affidamento, è abilitato a chiedere all'amministrazione la disapplicazione; a sua volta, il titolare della concessione, non in possesso del titolo attribuito con provvedimento, non può vantare alcun legittimo affidamento né evocare la sua buona fede.

Conseguenze, si sostiene, che non si sarebbero prodotte qualora si fosse riconosciuto efficacia autoritativa e natura provvedimento agli atti con i quali le Amministrazioni hanno comunicato agli interessati le proroghe perfezionate a seguito delle norme legislative che si sono via via succedute.

Il fatto è che in diritto amministrativo l'atto dichiarativo, c.d. paritetico, non esaurisce affatto la categoria degli atti certativi.

Gli atti d'accertamento costitutivo – che, autoritativamente, verificano la sussistenza, con efficacia *ex nunc*, dell'effetto giuridico prodotto in via eteronoma – rientrano anch'essi negli atti certativi.

Gli studi di M.S. Giannini e di F. Benvenuti ne hanno dato conto.

Ad esempio, l'avviso d'accertamento è un atto d'accertamento vincolato che deve essere impugnato nel termine di decadenza e dà ingresso ad un giudizio sul rapporto.

Da opposto angolo visuale, il Comune che, disapplica la disciplina di proroga, deve comunque assumere un atto di decadenza che ha natura dichiarativa (è quindi anch'esso ricognitivo dell'effetto legale prodotto) ma risolve in via costitutiva il rapporto concessorio in essere.

Si potrà discutere a chi spetti la giurisdizione, certo è che l'Adunanza Plenaria *minus dixit quam voluit*.

S'è incentrata sulla disapplicazione che opera sulle norme non sugli atti, supponendo che un atto antiunionale (ossia assunto in violazione della disciplina unionale self-executing) non ci sia.

Ricordiamolo: l'atto adottato in violazione del diritto unionale – in questo caso l'accertamento costitutivo che comunica la proroga al concessionario – nel nostro ordinamento – va sottolineato – è annullabile

È nullo solo nel caso in cui sia stato adottato sulla base di norma antiunionale attributiva del potere.

In altri termini, l'individuazione dell'atto permette di restaurare il meccanismo della disapplicazione in senso classico, l'unico consentito nel nostro ordinamento.

Le conseguenze sono diametralmente opposte a quelle dinanzi richiamate, specie con riguardo all'individuazione del legittimo affidamento e della buona fede ex art. 2 bis l. 241/90 in capo al concessionario.

Residua semmai la posizione giuridica del terzo aspirante alla concessione.

L'art. 16 d.lgs. 59/2010 ha recepito nell'ordinamento nazionale l'art. 12 della direttiva Bolkestein, sicché il fantomatico terzo conserva facoltà di sollecitare l'esercizio del potere d'autotutela dell'atto comunale di proroga nei limiti degli artt. 21 nonies l. 241/90 per violazione della norma nazionale.

La questione dell'affidamento del concessionario prorogato rimanda al tema della tutela dell'attività d'impresa da esso svolta.

Nella società attuale definita da Zygmunt Bauman frammentaria i messaggi hanno tanta più efficacia se, come dice un noto scrittore, "aerodinamici".

S'è diffusa l'idea sbagliata, un vero e proprio pregiudizio, che il giudice amministrativo abbia assunto una posizione unilaterale pro concorrenziale a discapito dei concessionari prorogati.

In senso contrario, sulla questione, sollecitando la discussione su quello che mi sembra sia la vera questione rimasta sul tappeto, recenti arresti del Consiglio di Stato (n. 229/2022 e ord.n. 8010/2022) valorizzano l'attività d'impresa e, con essa, l'organizzazione dell'azienda balneare, da cui le conseguenze pratiche sulla debenza e quantificazione dell'indennizzo spettante la concessionario.

Se richiesto, mi riservo di esaminarle brevemente nella fase di dibattito.

6 ottobre 2022

Oreste Mario Caputo