

IL CONSIGLIO DI STATO, L'EUROPA
E LE "CONCESSIONI BALNEARI": SI CHIUDE
UNA – ANNOSA – VICENDA O RESTA ANCORA APERTA?

SOMMARIO: 1. Il contesto. – 2. Il termine delle concessioni in corso. – 3. La dimensione economica della vicenda. – 4. Il turismo e l'UE. – 5. Conclusioni. Uno sguardo al futuro.

1. *Il contesto*

La pronuncia del Consiglio di Stato del 9 novembre 2021, n. 17 (e, in senso analogo, la immediatamente successiva n. 18) ha un impatto sull'ordinamento amministrativo nazionale destinato ad avere un'estensione ben maggiore rispetto a quella delle 'concessioni balneari' cui pure è dedicata¹.

L'Adunanza plenaria, infatti, interviene – due volte consecutive – sull'ormai annosa² disputa relativa all'applicazione nazionale della 'di-

¹ Cfr, a prima lettura, le considerazioni di F.P. BELLO, *Prmissime considerazioni sulla "nuova" disciplina delle concessioni balneari nella lettura dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/2037-primissime-considerazioni-sulla-nuova-disciplina-delle-concessioni-balneari-nella-lettura-dell-adunanza-plenaria-del-consiglio-di-stato>.

² È utile indicare i passaggi più significativi che delineano la complessità della controversia. Un punto di partenza si può individuare nell'avvio di una procedura di infrazione da parte della Commissione europea avviato nel 2009, basato su un reclamo riguardante la l. r. Friuli-Venezia Giulia del 13 novembre 2006 che riprendeva a sua volta l'art. 37 del Codice della Navigazione, censurando il fatto che in Italia l'attribuzione delle concessioni demaniali marittime per finalità ricreative fosse basata su un sistema di preferenza per il concessionario uscente, che portava ad un sostanziale rinnovo automatico delle concessioni esistenti (c.d. *diritto di insistenza*) ritenuto discriminazione dissimulata rispetto al principio di parità di trattamento e chiedendo di conseguenza la modifica dello stesso articolo: cfr. sentenza del 13 luglio 1993, *Commerzbank*, causa C-330/91. Il Governo nazionale ha dato seguito all'eliminazione del 'diritto di insistenza' abrogando l'art. 37 cod. nav., prevedendo inizialmente il termine del 31 dicembre 2015 per consentire

rettiva Bolkestein' all'ambito delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreativa.

L'adeguamento degli ordinamenti regionali in seguito all'entrata in vigore del federalismo demaniale, con l'art. 1, comma 18, del d.l. n. 194 del 2009 (c.d. 'milleproroghe'), al cui testo originario in sede di conversione è stato però disposto un rinvio all'art. 1, comma 2, del d.l. n. 1993 che dispone il meccanismo di rinnovo automatico per le concessioni sessennali. Come scelta del metodo, è da segnalare che anche per la Corte costituzionale ogni automatismo è da ritenere lesivo della libera concorrenza, in quanto "coloro che in precedenza non gestivano il demanio marittimo non hanno la possibilità, alla scadenza della concessione, di prendere il posto del vecchio gestore" (sent. n. 180 del 2010 e n. 1 del 2019). La scelta adottata dal Legislatore nazionale ha indotto la Commissione a inviare all'Italia il 5 maggio 2010 una lettera di messa in mora complementare, riferendosi anche all'art. 12 della sopravvenuta 'direttiva servizi' (v. nota successiva), chiedendo al Governo di correggere l'art. 1, comma 18 del decreto "mille proroghe", eliminando il rinvio in questione e abrogando il meccanismo di rinnovo automatico previsto dal citato d.l. n. 400 del 1993. Per corrispondere alle contestazioni della Commissione l'Italia ha inserito nella legge comunitaria per il 2010 (l. n. 217 del 2010). Per rispondere alle ulteriori contestazioni mosse dalla Commissione l'art. 11 della Legge comunitaria 2010 ha abrogato il rinnovo automatico delle concessioni demaniali marittime di cui all'art. 1, comma 18, legge n. 25 del 2010, conferendo al Governo una delega per il riordino della materia. Anche dopo la chiara posizione espressa dalla Corte di giustizia nella causa 'Promoimpresa', cit., della Corte di giustizia il Legislatore nazionale è nuovamente intervenuto sulla materia controversa con l. n. 160 del 2016, che, all'art. 24, co. 3-*septies*, che così disponeva: "nelle more della revisione e del riordino della materia in conformità ai principi di derivazione europea, per garantire certezza alle situazioni giuridiche in atto e assicurare l'interesse pubblico all'ordinata gestione del demanio, conservano validità i rapporti già instaurati e pendenti in base all'articolo 1, comma 18, del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25". Successivamente, l'art. 1, commi 682-684 della legge di bilancio per il 2019 (l. n. 145 del 2018), proroga le concessioni demaniali marittime per un ulteriore periodo di quindici anni a partire dall'entrata in vigore della stessa legge (quindi fino a fine 2033), rimettendo contestualmente a un d.P.C.m. – da adottare entro 120 gg. – la fissazione de "i termini e le modalità per la generale revisione del sistema delle concessioni demaniali marittime" da attuare alla scadenza indicata o in caso di nuove concessioni, delegificando quindi la materia. Più recentemente il 'decreto rilancio', d.l. n.34 del 2020, rafforzato in sede di conversione, ha confermato il sistema, disponendo all'art. 182 che, fermo restando quanto disposto nei riguardi dei concessionari dalla l. n. 145 del 2018, "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, i procedimenti amministrativi per la devoluzione delle opere non amovibili (omissis), 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".

Sulla vicenda si deve ricordare anche l'intervento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, con segnalazione al Governo e alle Camere del 20 dicembre 2018 (AS1550), in cui si auspica "l'adozione in tempi brevi di una nuova normativa che preveda l'immediata selezione dei concessionari in base a principi di concorrenza, imparzialità, trasparenza e pubblicità e che garantisca all'amministrazione competente un utilizzo effi-

L'Adunanza plenaria coglie l'occasione offerta da questa non semplice vicenda per trattare il tema del rapporto tra l'ordinamento eurocomunitario e quello italiano, fissando principi di interpretazione tra i due livelli validi oltre la disputa risolta.

Tuttavia, proprio la significativa ed ampiamente argomentata interpretazione che concerne il rapporto tra i due ordinamenti, evidenziandone di fatto la non raggiunta integrazione, non deve condurre il lettore a prestare un'attenzione più limitata alla fattispecie giudicata.

Anch'essa, peraltro, affronta un aspetto decisivo dell'intervento pubblico nel mercato, per la sua portata non limitato al solo settore dell'industria turistica. Si tratta infatti di riorganizzare l'istituto delle concessioni balneari alla luce della 'direttiva Bolkestein', o 'direttiva servizi', n. 2006/123 rivolta alla 'liberalizzazione' o, più correttamente, all'apertura del mercato attraverso la rimozione degli ostacoli alla libera circolazione dei servizi- di attività imprenditoriali che, per il loro esercizio, presuppongono il tipico provvedimento di conferimento di competenza delle Amministrazioni nazionali, intervento che resta affermato per la permanente rilevanza pubblica del suo oggetto.

Proprio quest'ultima trova nella pronuncia dell'Adunanza plenaria più che una conferma un'estensione, attraverso il richiamo della qualificazione come *transfrontaliero* dell'interesse connesso al particolare pregio del contesto in cui lo stabilimento balneare si colloca, tradotto in elevato grado di capacità attrattiva esercitato nei confronti – anche – di imprese di altri Stati membri.

È in quest'ottica che il Giudice Amministrativo ritiene insostenibile la sottrazione di queste stesse risorse alla libera competizione del mercato alla luce tanto dell'ordinamento nazionale, tanto e soprattutto di quello europeo come detto coinvolto in considerazione della dimensione sovranazionale – più esattamente, transfrontaliera – riconosciuta agli interessi in gioco.

L'insufficienza di una visione nazionale non consente quindi un frazionamento del mercato europeo, realizzata – anche – attraverso l'istituto della proroga automatica che consente localmente la gestione oltre

ciente delle risorse demaniali e un'adeguata remunerazione del bene, tale da consentire il trasferimento di una parte maggiore della rendita alla collettività".

Per un approfondimento nella prospettiva del diritto europeo v. ampiamente C. BURELLI, *Le concessioni turistico-ricreative tra vincoli "comunitari" e normativa italiana: criticità e prospettive*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2021, consultabile da <http://www.dirittounione europea.eu/index.html>.

la scadenza della concessione, a maggior ragione quando questa tecnica sia applicata *ex lege* con ulteriore discriminazione tra categorie di concessionari, non tutti egualmente beneficiari della dilazione dei termini di esercizio.

A questo proposito il Consiglio di Stato evidenzia che il ricorso alla proroga automatica risulti ulteriormente “in contrasto con gli articoli 49 e 56 del TFUE, in quanto è suscettibile di limitare ingiustificatamente la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi nel mercato interno, a maggior ragione in un contesto di mercato nel quale le dinamiche concorrenziali sono già particolarmente affievolite a causa della lunga durata delle concessioni attualmente in essere”: così al punto 16 del considerato in diritto, che con tale richiamo supera anche l’eventuale resistenza contro l’applicabilità del ‘direttiva servizi’ al caso di specie.

2. *Il termine delle concessioni in corso*

La controversia alla base del provvedimento europeo si concentra sull’imposizione di una procedura selettiva per l’individuazione del concessionario, limitando il ‘passaggio di mano’ dalle istituzioni pubbliche titolari ai gestori del servizio. L’affermazione merita una piccola, ma importante, chiosa sulla qualificazione dell’oggetto di concessione, a prima vista e alla luce dell’impostazione nazionale più datata non erroneamente identificabile con la gestione del bene demaniale, di cui costituisce un modo d’uso. Questa lettura escluderebbe in via di principio l’applicazione della ‘direttiva servizi’, come gli operatori di settore hanno sostenuto all’indomani dell’adozione della norma europea. In realtà l’interpretazione risultata ben presto prevalente, e ormai non più oggetto di rinnovata discussione, utilizza – coerentemente con la situazione analizzata – criteri classificatori di impostazione europea, alla luce dei quali ciò che rileva è sostanzialmente l’effetto economico del provvedimento di concessione che, consistendo nell’attribuzione del diritto di sfruttare in via esclusiva una risorsa naturale contingentata al fine di svolgere un’attività economica, ha rilevanza nel mercato e per la libera circolazione dei servizi.

Anche l’adozione di questa impostazione come detto sostanzialistica, che supera le qualificazioni date dal legislatore nazionale, per inciso, è un riflesso importante del tema trattato, ponendo in generale in luce la necessità per le Amministrazioni di adeguarsi e assumere una prospettiva appunto europea nell’interpretazione delle norme alla cui attuazione

sono chiamate, per corrispondere al processo di integrazione di cui sono parte portante.

È a questo proposito che l'Adunanza Plenaria sostiene il principio in base al quale la Pubblica amministrazione è direttamente tenuta alla disapplicazione delle norme contrastanti con l'ordinamento comunitario senza distinzione tra norme *self-executing* o meno, aderendo all'orientamento consolidato della CGUE (v. sent. *Fratelli Costanzo*, citata dalla pronuncia) e in linea con la Corte costituzionale (sentenza n. 389 del 1989). Secondo il Collegio, "*opinare diversamente significherebbe autorizzare la P.A. all'adozione di atti amministrativi illegittimi per violazione del diritto dell'Unione, destinati ad essere annullati in sede giurisdizionale, con grave compromissione del principio di legalità, oltre che di elementari esigenze di certezza del diritto*" (così al punto 32 del considerato in diritto). Le Magistrature nazionali ed europee si trovano quindi allineate in questa impostazione che esalta la funzione armonizzatrice e, talvolta faticosamente, unificatrice delle direttive europee. Si tratta, come anticipato, di un punto destinato a produrre effetti oltre il caso esaminato, la cui complessità merita comunque un'adeguata e distinta considerazione³.

Il fulcro della questione qui trattata, riassunto con estrema sintesi, consiste nell'ottemperanza all'obbligo assunto in ambito Europeo di garantire l'accesso al mercato di nuovi operatori, che si ritiene possano essere in grado di presentarsi alla selezione con offerte (economicamente) più vantaggiose rispetto ai concorrenti in occasione delle gare presupposte al rilascio della concessione con vantaggio sia per il mercato in cui

³ Cfr. tra gli altri in medesimo senso Cons. Stato, 2 maggio 2018, sez. VI, n. 2621, punto 3 del considerato in diritto: "deve essere disapplicata la normativa interna che prevede la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime, con finalità turistico-ricreative, per il contrasto della stessa con l'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del 12 dicembre 2006, (cosiddetta direttiva Bolkestein) e, comunque, anche con l'articolo 49 TFUE". Cfr. anche Consiglio di Stato, sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874, in cui si afferma che «[...] l'operatività delle proroghe disposte dal legislatore nazionale non può che essere esclusa in ossequio alla pronuncia Promoimpresa, comportante la disapplicazione dell'art. 1, comma 18, d.l. n. 194 del 2009 e dell'art. 34-duodecies, d.l. n. 179 del 2012, di talché la proroga legale delle concessioni demaniali in assenza di gara non può avere cittadinanza nel nostro ordinamento», aggiungendo che anche la più recente proroga legislativa automatica delle concessioni demaniali in essere fino al 2033 è coinvolta nel ragionamento giuridico sopra esposto, in quanto "una proroga di una concessione demaniale è giustificata laddove sia finalizzata a tutelare la buona fede del concessionario", da relazionare alla data di adozione della direttiva 2006/123/CE» (cfr. punti 10-12 del considerato in diritto).

operano – prospettiva europea – sia per l'Amministrazione aggiudicatrice – prospettiva nazionale –.

Tale obbligo risulta eluso dal Legislatore italiano che da tempo ricorre alla proroga automatica delle concessioni in atto: in particolare, il giudizio dell'Adunanza plenaria riguarda gli artt. 1, commi 682 e 683, l. n. 145 del 2018 e 182, comma 2, del d.l. n. 34 del 2020 con i quali è stata appunto disposta la *proroga automatica* delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative. Tali norme, sancisce il Consiglio di Stato, sono da ritenere in contrasto con il diritto dell'UE, e segnatamente con l'art. 49 TFUE (cui si affianca anche l'art. 56 dello stesso Trattato, rafforzando l'affievolimento della concorrenza già imputabile alla lunga durata sin dall'origine prevista per le concessioni in atto) e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE⁴.

La conseguenza di quanto affermato è, per l'Adunanza plenaria, l'obbligo di disapplicazione delle norme nazionali da parte sia dei giudici, sia – ciò che qui più rileva – direttamente dalla pubblica amministrazione.

Le misure previste dall'ordinamento europeo per le concessioni di servizi riconducibili all'ambito di applicazione della direttiva Bolkestein, infatti, impongono tra l'altro la predeterminazione di un termine improrogabile, applicabile anche alle concessioni in corso.

È questo il nodo dal quale muove la contestazione da subito avviata dagli operatori del settore, forti di una 'prassi' che sostanzialmente ha portato al rinnovo automatico delle concessioni stesse ai precedenti titolari, senza nemmeno rivedere le condizioni che connotano il rapporto così confermato. Le Magistrature europee e nazionali intervenute sulla fattispecie hanno accolto l'impostazione che privilegia il momento dinamico del rapporto, rilevando che l'attribuzione del bene riservato – oggetto che si evidenzia nell'impostazione più tradizionale – è secondaria rispetto all'effetto di procurare al concessionario vantaggi economicamente rilevanti, in grado di incidere sensibilmente sull'assetto concorrenziale del mercato e sulla libera circolazione dei servizi.

⁴ La norma citata così dispone: "1. Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento. 2. Nei casi di cui al paragrafo 1 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 o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami".

Da questa premessa deriva la conclusione che le concessioni di beni demaniali per finalità turistico-ricreative sono riconducibili alla tipologia delle *autorizzazioni* ai sensi dell'art. 12 della citata 'direttiva servizi', e in quanto tali il relativo rilascio sia assoggettato a gara pubblica (cfr. punti 23 e 24 della pronuncia).

D'altra parte, in una prospettiva giuridica, proprio la progressiva dequotazione del profilo dominicale – la pur sostanzialmente indiscussa proprietà pubblica del bene demaniale, correlata quanto meno al valore paesaggistico delle coste sulle quali le concessioni in discussione insistono – corrisponde alla valorizzazione dell'aspetto attivo, riferito all'esercizio dell'impresa turistica, cui gli stabilimenti balneari sono destinati.

La considerazione dell'attività economica espressa dalla gestione del bene porta così a concentrarsi sull'utilità economica che deriva dal suo utilizzo, cui si collega la potenziale esclusione dal mercato di altri aspiranti da parte del titolare del provvedimento concessorio. Come ulteriore conseguenza, per inciso, si dovrà considerare che si attui anche il trasferimento del rischio connesso al perseguimento degli obiettivi imposti dalla P.a. in capo al concessionario imprenditore.

L'attività economica organizzata per l'uso del bene pubblico peraltro realizza una tipologia di impresa che trova direttamente una disciplina speciale nella legge (vedi in particolare l'art. 4 del d.lgs. n. 79 del 2011, Ordinamento del mercato turistico, c.d. Codice del turismo⁵), che la dif-

⁵ La disciplina legislativa della impresa turistica (con scopo di lucro: del no profit si occupa il successivo art. 5 successivo) è dettata dall'art. 4 del d.lgs. n. 79 del 2011, recante 'ordinamento del mercato turistico', c.d. Codice del turismo, il quale dispone: "1. Ai fini del presente decreto legislativo sono imprese turistiche quelle che esercitano attività economiche, organizzate per la produzione, la commercializzazione, l'intermediazione e la gestione di prodotti, *di servizi, tra cui gli stabilimenti balneari*, di infrastrutture e di esercizi, compresi quelli di somministrazione facenti parte dei sistemi turistici locali, concorrenti alla formazione dell'offerta turistica. 2. L'iscrizione al registro delle imprese, di cui alla legge 29 dicembre 1993, n. 580, e successive modificazioni, e con le modalità di cui al decreto del Presidente della Repubblica 7 dicembre 1995, n. 581, e successive modificazioni, ovvero al repertorio delle notizie economiche e amministrative laddove previsto, costituiscono condizione per usufruire delle agevolazioni, dei contributi, delle sovvenzioni, degli incentivi e dei benefici di qualsiasi genere ed a qualsiasi titolo riservate all'impresa turistica. 3. Fermi restando i limiti previsti dall'Unione europea in materia di aiuti di Stato alle imprese, alle imprese turistiche sono estesi i contributi, le agevolazioni, le sovvenzioni, gli incentivi e i benefici di qualsiasi generi previsti dalle norme vigenti per l'industria, così come definita dall'articolo 17 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, nei limiti delle risorse finanziarie a tal fine disponibili ed in conformità ai criteri definiti dalla normativa vigente. 4. Le imprese turistiche non costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro dell'Unione europea o di uno Stato AELS (EFTA)

ferenza così dal *genus* al quale appartiene, riconoscendone rilevanza e caratteristiche legate al contesto. In questa più ampia prospettiva, infatti, risulta evidente il collegamento che esiste tra turismo e luogo, complessivamente inteso, in cui questa complessa attività – composta di imprenditorialità e sviluppo economico ed occupazionale, di servizi alla persona, di fruizione di cultura locale, paesaggio ed ambiente, di benessere e svago – merita una considerazione proporzionata anche al peso che i suoi risultati economici hanno per il sistema Paese.

L'Adunanza plenaria espressamente nomina la “peculiarità del settore” (punto 16 del considerato in diritto: “con riferimento al “mercato” delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative, tali criteri devono evidentemente essere “adattati”, tenendo conto della *particolarità* del settore di mercato che viene in considerazione”) rapportato all'estensione e al pregio naturalistico sul territorio nazionale dei beni utilizzati per l'impresa turistica esercitata dal concessionario e all'entità dell'impatto economico ad essa imputabile⁶.

possono essere autorizzate a stabilirsi e ad esercitare le loro attività in Italia, secondo il principio di reciprocità, previa iscrizione nel registro di cui al comma 2, ed a condizione che posseggano i requisiti richiesti dalle leggi statali e regionali, nonché dalle linee guida di cui all'articolo 44 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112. Cfr. la ricostruzione di M. SOLI, *Le imprese turistiche*, in AA.Vv., *L'ordinamento del mercato turistico*, a cura di S. Cogliani, M., Gola, M.A. Sandulli, R. Santagata, Torino 2012, 79 ss. La nozione di impresa turistica era già presente nella prima l. quadro, n. 217 del 1983. E si riferiva alle sole strutture ricettive (in linea con il testo della Costituzione vigente, definendo le materie riconducibili alla legislazione concorrente tra Stato e Regioni si riferiva all'industria alberghiera) ‘ed annessi servizio turistici’ (art. 5, l. cit.). La nozione di impresa turistica è stata ampliata dalla seconda legge quadro di settore, la n. 135 del 2001 (art. 7), con lo scopo di “creare un impianto unitario ed organico di principi normativi per il rilancio del settore turistico nazionale” (M. SOLI, *op. cit.*, 83). Per un inquadramento del tema v. anche V. anche V. FRANCESCHELLI, *L'autonomia privata*, in AA.Vv., *Manuale del diritto del turismo*, a cura di V. Franceschelli, G. Morandi, Torino 2019, 69 e ss.; R. SANTAGATA, *Il diritto del turismo*, Torino 2021, 45 e ss.

⁶ L'Adunanza plenaria così prosegue: “Nel caso delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative a venire in considerazione come strumento di guadagno offerto dalla p.a. non è il prezzo di una prestazione né il diritto di sfruttare economicamente un singolo servizio avente rilevanza economica. Al contrario degli appalti o delle concessioni di servizi, 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”.

3. La dimensione economica della vicenda

La componente imprenditoriale del turismo, in specie per quanto concerne le attività connesse alla gestione degli stabilimenti balneari, merita una considerazione specifica.

Il giro d'affari, nella pronuncia del Consiglio di Stato, è stimato in circa quindici miliardi di euro all'anno: proprio la considerazione di questo importante dato economico, sempre come si evince dalla risoluzione in esame, mette in luce la sproporzione dell'ammontare dei canoni di concessione, ammontante a poco oltre i cento milioni di euro, circostanza che censura la poco efficiente gestione delle risorse pubbliche conferite dallo Stato (cfr. ancora punto 16 del considerato in diritto, cit.).

Il punto è quindi quello di migliorare l'efficienza dell'amministrazione concedente, sino ad oggi ritenuta implicitamente passiva rispetto alla gestione della ricchezza ad essa riservata con la titolarità del bene demaniale e a risultati economici potenzialmente molto più convincenti rispetto al valore offerto al mercato.

Questo obiettivo di vantaggiosità economica può trovare senz'altro un momento di affermazione con l'esperimento della gara per la scelta del concessionario tra più offerenti, premiando quello più conveniente per l'amministrazione aggiudicatrice.

L'esperimento della gara non è però l'unico momento, né l'unico criterio, in cui questo risultato migliorativo può essere conseguito, e altri elementi oltre a quello basato sulla quantificazione dell'offerta concorrono a determinare la qualità della gestione nel suo complesso.

In particolare, se il problema è quello della sproporzione del canone corrisposto in rapporto ai benefici economici ottenuti dal concessionario – la cui presenza, si ricordi, non esclude solo il godimento da parte dei concorrenti aspiranti alla medesima concessione ma limita anche la fruizione generalizzata del bene demaniale da parte della collettività – è su questo aspetto che occorrerà intervenire, soddisfacendo l'interesse pubblico alla massimizzazione del rendimento del proprio patrimonio. Si tratta però di una questione interna, che non interseca direttamente gli interessi dell'ordinamento europeo, che senz'altro incontra la resistenza degli operatori del settore ma che deve trovare un punto d'intesa proporzionato alle rispettive pretese.

Il Legislatore nazionale fino ad ora non ha assunto una chiara determinazione in proposito, ricorrendo ad interventi derogatori, l'ultimo dei quali imperniato sull'emergenza pandemica, chiamata a giustificare

l'ulteriore slittamento, ma non l'eventuale esenzione, facendo leva sugli elementi di specificità esistenti, anche assumendosi la responsabilità della interpretazione restrittiva in ambito europeo ma basandosi su dati oggettivi, in cerca di una condivisione – o ritrattazione – con i partners, strada difficile ma che non sarebbe mai da escludere a priori.

Deve perciò essere condivisa l'affermazione dell'Adunanza plenaria laddove ritiene non sostenibile la moratoria introdotta con l'art. 182, comma 2, del d.l. n. 34 del 2020 (c.d. decreto rilancio, convertito dalla l. n. 77 dello stesso anno, tra le misure dedicate al sostegno del settore turistico), non compatibile con l'ordinamento europeo. È infatti poco convincente sostenere che la sua previsione concorra al "contenimento delle conseguenze economiche prodotte dall'emergenza epidemiologica": non sono ravvisabili, a detta del Collegio, nessi di ragionevole connessione tra la proroga delle concessioni e le conseguenze economiche derivanti dalla pandemia, ma piuttosto si deve, al contrario, considerare la sua previsione in contrasto con l'obiettivo stesso, ribadendo la permanenza di posizioni acquisite nel tempo che appunto non vanno nella direzione dell'apertura del mercato (cfr. punto 28 del considerato in diritto).

La questione, analizzata nella concreta realtà nazionale, è però più complessa, e merita alcune considerazioni che, pur non essendo di per sé in grado di superare la sistematica ricostruzione in termini di principio svolta dalle Magistrature, devono attirare l'attenzione del Legislatore nazionale e orientarlo verso le opportune correzioni per garantire una piena corrispondenza della disciplina del mercato turistico alle caratteristiche del nostro sistema ricettivo, in senso ampio.

Non è infatti corretto omettere la considerazione che, in campo turistico, la competitività dell'offerta italiana nel mercato globale si misura anche – e in particolare per il settore balneare – nei confronti di altri Stati membri dell'Unione.

Gli interventi dei legislatori nazionali sono infatti espressamente rivolti a sostenere l'impresa turistica locale, senza per questo porsi di default al di fuori dello spirito dell'UE ma valutando margini di flessibilità che il TFUE deve consentire nel rispetto delle scelte dettate dalle politiche nazionali che, nel settore in esame, comprendono valutazioni non strettamente legate ai soli aspetti economici connessi allo sviluppo del turismo, tali evidentemente da giustificare l'affermata competenza statale: si pensi agli aspetti di promozione territoriale e culturale dei luoghi interessati.

4. Il turismo e l'UE

Il TFUE si occupa espressamente di turismo, all'art. 195, ponendosi nella prospettiva del *completamento* dell'azione degli Stati membri "in particolare promuovendo la competitività delle imprese dell'Unione in tale settore"⁷. La norma del trattato pone un preciso limite all'intervento integrativo assegnato al Parlamento europeo e al Consiglio, sancendo che questi Organi, "deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le misure specifiche destinate a completare le azioni svolte negli Stati membri al fine di realizzare gli obiettivi di cui al presente articolo, *ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri*". L'intervento dell'UE in ambito turistico risulta perciò disegnato come supporto agli Stati per il confronto del sistema interno nei confronti dei competitori extraeuropei, senza comprimere la sovranità degli Stati membri nella definizione del proprio intervento.

Un ulteriore aspetto che si scontra con l'apertura generalizzata del mercato turistico interno, senza distinguo aggiuntivi legati all'evidente differenziazione delle realtà che lo compongono si evidenzia con la considerazione delle imprese turistiche, non per ogni aspetto omologabili in un'unica categoria al di fuori delle finalità perseguite dalla legge che le individua, tra quelle, degli stabilimenti balneari.

Si tratta in genere non solo di piccole imprese – la dimensione delle misure dirette alla cura dell'interesse pubblico merita di essere proporzionata a quella dell'impresa cui si rivolgono –, ma di *imprese familiari*, categoria priva di una propria autonomia giuridica in ambito europeo ma oggetto anch'essa di interventi differenziati e volti al sostegno da parte dell'Unione europea⁸. Si apre quindi una sorta di conflitto interno, tra

⁷ Il testo dell'art. 195 è il seguente: "1. L'Unione completa l'azione degli Stati membri nel settore del turismo, in particolare promuovendo la competitività delle imprese dell'Unione in tale settore. A tal fine l'azione dell'Unione è intesa a: a) incoraggiare la creazione di un ambiente propizio allo sviluppo delle imprese in detto settore; b) favorire la cooperazione tra Stati membri, in particolare attraverso lo scambio delle buone pratiche. 2. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le misure specifiche destinate a completare le azioni svolte negli Stati membri al fine di realizzare gli obiettivi di cui al presente articolo, *ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri*".

⁸ V. in particolare la relazione 30.6.2015 della Commissione per l'industria, la ricerca e l'energia sulle imprese a conduzione familiare in Europa, documento in cui tra i primi considerando si legge che "in passato le imprese a conduzione familiare in generale hanno ampiamente contribuito al fiorire dell'economia europea e hanno svolto un ruolo signifi-

obiettivi assunti dall'ordinamento sovraordinato. Da un lato l'apertura del mercato, cardine essenziale sin dall'origine per le Istituzioni europee, dall'altro la tutela di quella che è una delle caratteristiche proprie del mercato stesso, particolarmente evidente in Italia, data dalla natura familiare della gran parte del sistema imprenditoriale nazionale, riscontrabile con evidenza nel segmento del turismo balneare.

Gli stabilimenti balneari spesso si identificano con il nome del titolare originario, trovando nella continuazione della gestione familiare un riscontro alla fidelizzazione che lega l'utente dei servizi offerti con quella località: anche questo, indubbiamente, in un'ottica di turismo come sistema rappresenta un elemento da considerare adeguatamente, di cui senza dubbio si sarebbe dovuto tenere conto al momento della definizione della direttiva che impone un cambiamento radicale destinato ad incidere oltre al necessario.

Come già evidenziato, l'applicazione della direttiva servizi è invocata anche in prospettiva di tutela dell'interesse economico nazionale, soprattutto per quanto riguarda l'importo dei canoni correnti o il contrasto con insostenibili 'rendite di posizione' che si vogliono eliminare: è il caso del ricorso, se non ammesso espressamente tollerato nei fatti, alla subconcessione.

ficativo nella crescita economica e nello sviluppo sociale, nel calo della disoccupazione, soprattutto giovanile, e negli investimenti in capitale umano; che il carattere multigenerazionale delle imprese a conduzione familiare rafforza la stabilità dell'economia; che le imprese a conduzione familiare svolgono un ruolo essenziale nello sviluppo regionale in termini di occupazione, trasferimento delle conoscenze e organizzazione del territorio; che politiche mirate a favore di tali imprese potrebbero favorire l'imprenditorialità e motivare molte famiglie europee ad avviare la propria impresa familiare". Si tratta di una complessa ed importante realtà, considerato che secondo la stima dell'Ernst and Young Family Business Yearbook 2014 riportata nel documento, l'85% di tutte le imprese europee è rappresentato da imprese a conduzione familiare, le quali forniscono il 60% dei posti di lavoro nel settore privato; inoltre, sempre secondo le considerazioni della Commissione, "le imprese a conduzione familiare hanno dimensioni variabili, il che le espone a difficoltà e problematiche diverse". Nella motivazione alla base della richiesta di intervento da parte delle Istituzioni europee si legge inoltre che "Le imprese a conduzione familiare hanno una prospettiva più a lungo termine rispetto alle aziende che non sono gestite dai titolari, poiché desiderano che l'azienda sia economicamente solida anche nelle generazioni successive. In numerosi Stati membri dell'UE vi sono aziende a conduzione familiare consolidate, giunte alla terza, quarta o quinta generazione. Queste storie di successo devono naturalmente proseguire. *Alla luce della propria storia, molte imprese familiari sono fortemente radicate al territorio.* Per questo motivo, offrono un contributo decisivo nell'assicurare la competitività dell'Europa e nel creare posti di lavoro" (il corsivo è di chi scrive). La documentazione richiamata è consultabile sul sito del Parlamento europeo: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0223_IT.html.

Si tratta di disfunzioni dell'istituto concessorio così com'è oggi impostato, e in quanto tali da correggere con interventi mirati, non sovrapponibili e non risolvibili con una periodica sostituzione dei concessionari che non tenga conto dell'apporto personale e professionale effettivamente corrisposto nella gestione terminata. Questa costruzione si pone in linea con gli obiettivi di miglioramento qualitativo dell'offerta turistica perseguiti con la legislazione di settore, diretta anche a rafforzare l'offerta sul piano concorrenziale spingendo gli operatori ad agire come sistema, esaltandone la territorialità. Non si tratta di chiudere un mercato, scelta incompatibile non solo con l'UE ma con le stesse logiche economiche, ma di valorizzare, come già accennato, quella che è una risorsa caratterizzante lo Stato ospitante.

Pur in presenza di questa rilevante circostanza, legata alla particolare natura dell'impresa turistica in questione, la cui continuità nella gestione rappresenta un valore da considerare in sede di rinnovo, non sarebbe tuttavia corretto invocare il principio del legittimo affidamento per rappresentare la situazione dei concessionari in regime – o in attesa – di proroga, considerato che la tutela dello stesso trova correttamente collocazione nella definizione della procedura selettiva (v. punto 38 del considerando in diritto, richiamando le considerazioni espresse nella sentenza *Promoimpresa* dalla Corte di Giustizia europea il 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15 cit., in cui la Corte ha dichiarato il sistema di proroghe italiano incompatibile con il diritto dell'Unione).

Anche se il meccanismo della proroga automatica è stato indubbiamente praticato con grande frequenza non è corretto ritenere che i concessionari, proprio in virtù della loro situazione derivata e soggetta periodicamente a nuove valutazioni dell'interesse pubblico – che potrebbero anche portare al mutamento di destinazione d'uso della spiaggia, demaniale, il che rende in qualche modo fisiologicamente instabile la loro posizione, fermi restando piuttosto gli obblighi di correttezza e buona fede che competono (anche) alla P.a. all'atto di definizione del rapporto.

Ancora una volta le soluzioni da trovare richiedono un intervento 'politico', da parte del Legislatore, ricordando la già evidenziata conciliazione con la natura familiare delle imprese turistiche considerate, la cui stabilità deve essere preservata anche per espressa volontà delle Istituzioni europee.

La spiaggia, infatti, in quest'ottica è bene strumentale, essenziale per l'esercizio dell'impresa che gestisce lo stabilimento balneare. Non si tratta di tutelare un 'affare di famiglia', che contrasterebbe con il regime

concessorio dettato per il settore, ma di tutelare e valorizzare una particolare tipologia di impresa, quella familiare, la cui valutazione non si può basare solo su elementi di maggiore vantaggiosità economica ma anche di capacità di creare empatia tra turista fruitore e luogo che lo accoglie. Il confronto tra reddito di settore e canoni, alla ricerca di una congruità di questi ultimi, come già detto è cosa diversa dalla posizione del concessionario che abbia costruito un sistema di accoglienza basato su servizi al bagnante, operatore turistico la cui esperienza deve essere tenuta in debita considerazione. Il turista non consuma solo un prodotto espressamente acquistato – il noleggio delle attrezzature messe a disposizione dal ‘bagnino’, – ma si inserisce temporaneamente nel luogo che lo ospita, di cui la capacità di valorizzazione deve essere parte della valutazione alla base dell’affidamento in concessione.

5. *Conclusioni. Uno sguardo al futuro*

Il Giudice amministrativo, in questa fattispecie, pur affermando l’insuperabilità degli obblighi assunti in sede Europea, così come sopra ricostruiti, si è spinto oltre, fornendo una sorta di assist al Legislatore, fino ad ora non rivelatosi in grado di uscire dalla difficile situazione qui ricostruita.

Per questo l’Adunanza plenaria si propone in una veste per così dire ‘sussidiaria’, indicando alcuni criteri da osservare senza entrare in contrasto con l’ordinamento europeo.

Giustamente la premessa parte dalla considerazione che non sia ipotizzabile un taglio netto dell’esistente, cancellando tutte le proroghe disposte dalle leggi che hanno transitoriamente toccato il tema, aumentando esponenzialmente la situazione di incertezza che penalizza gli operatori del settore e che non depone di certo a favore di quel miglioramento della gestione che si auspica per la competitività dell’intero settore turistico, disincentivando ad esempio gli investimenti per il miglioramento delle strumentazioni messe a disposizione dell’attività svolta. Si pensi in particolare alle azioni che possono essere rivolte a un auspicato miglioramento della sostenibilità ambientale e sociale, da integrare nell’attività turistica con una prospettiva non di breve termine.

Confermato il principio della gara pubblica alla base del conferimento della concessione, questo dovrà raggiungere un punto di equilibrio capace di soddisfare tanto l’esigenza di non inserire automatismi per pri-

vilegiare i precedenti concessionari, in ciò vanificando il senso stesso della gara, al tempo stesso assegnando una corretta valutazione degli aspetti connessi alla capacità tecnica, professionale, finanziaria ed economica degli aspiranti concessionari, desumibili anche dall'esperienza maturata nel settore, senza con ciò precludere l'ingresso di nuovi operatori. Senza vanificare altresì il *know how* acquisito e la connessione con il sistema turistico locale nel suo complesso ma spingendo piuttosto i gestori, vecchi e nuovi all'adozione di modelli diretti a un continuo miglioramento delle performance – pensando a un criterio progressivo e continuo simile a quello della 'migliore tecnologia disponibile' richiesta in ambito ambientale –, idonei a soddisfare tanto le richieste del mercato e della competitività, tanto della valorizzazione delle risorse pubbliche.

Anche la questione oggetto di contestazione, legata alla durata delle concessioni, in un'ottica realistica richiede una valutazione ponderata, commisurata al valore della concessione e alla sua complessità organizzativa, tenendo conto del tempo necessario all'ammortamento e alla remunerazione di quanto investito per lo svolgimento dell'attività gestita, garantendo in ogni caso una valorizzazione di quanto eventualmente non recuperato nel periodo concesso nella determinazione della base d'asta.

Come sopra ricordato, e come i Magistrati interpellati hanno affermato, la pandemia che ha colpito gran parte del mondo non rappresenta sempre una valida giustificazione per ogni eccezione alle discipline vigenti.

Tuttavia, la crisi economica e sociale che è, questa sì, da connettere all'emergenza sanitaria offre lo spunto per mettere mano alle riforme da troppo tempo – decenni – rinviate o incompiute di cui, nello specifico, l'Amministrazione italiana è destinataria principale. L'importante, oltre all'effettività delle stesse, è considerare sin da subito correttamente la prospettiva europea da cui dette riforme si devono muovere e cui debbono corrispondere, non senza chiudere la strada a un dialogo a livello sovranazionale ove emergano elementi di differenziazioni validi a corrispondere alle esigenze prospettate: del resto, se come indicano i Giudici l'obiettivo da conseguire ai sensi della 'direttiva servizi' non è quello dell'armonizzazione ma quello dell'apertura del mercato, i margini di flessibilità non possono mancare.

In questa prospettiva di rinnovamento, anche il PNRR si occupa di rinnovo della disciplina delle concessioni, inserendole nella parte dedicata alle riforme classificate come "abilitanti" – "cioè gli interventi funzionali a garantire l'attuazione del Piano e in generale a rimuovere gli

ostacoli amministrativi, regolatori e procedurali che condizionano le attività economiche e la qualità dei servizi erogati ai cittadini e alle imprese. Tra questi ultimi interventi, si annoverano le misure di semplificazione e razionalizzazione della legislazione e quelle per la promozione della concorrenza. Nello specifico, trattando della promozione della concorrenza, si legge: “La tutela e la promozione della concorrenza – principi-cardine dell’ordinamento dell’Unione europea – sono fattori essenziali per favorire l’efficienza e la crescita economica e per garantire la ripresa dopo la pandemia. Possono anche contribuire a una maggiore giustizia sociale. La concorrenza è idonea ad abbassare i prezzi e ad aumentare la qualità dei beni e dei servizi: quando interviene in mercati come quelli dei farmaci o dei trasporti pubblici, i suoi effetti sono idonei a favorire una più consistente eguaglianza sostanziale e una più solida coesione sociale. Protagonisti della tutela e della promozione della concorrenza sono la Commissione europea e l’Autorità garante della concorrenza e del mercato. Ma la concorrenza si tutela e si promuove anche con la revisione di norme di legge o di regolamento che ostacolano il gioco competitivo. Sotto quest’ultimo profilo, si rende necessaria una continuativa e sistematica opera di abrogazione e/o modifica di norme anticoncorrenziali. Questo è il fine della legge annuale per il mercato e la concorrenza.” L’obiettivo esplicito comprende la voce “B. Rimozione di barriere all’entrata nei mercati. Al fine di favorire la rimozione di molte barriere all’entrata dei mercati, si renderà necessario adottare una serie di norme dirette a modificare in senso pro-concorrenziale alcuni regimi concessori, nonché a superare alcuni ostacoli regolatori al libero svolgimento di attività economiche” (*omissis*), oltre agli interventi dedicati alla semplificazione del codice di appalti pubblici e concessioni, enunciando in proposito tra i principi e i criteri direttivi della pianificata delega legislativa quello della “piena apertura e contendibilità dei mercati”.

Anche se l’ambito di applicazione sul quale il PNRR si concentra è quello delle infrastrutture, la riforma dell’istituto concessorio nel suo complesso fa parte del processo di adeguamento che la P.a. deve affrontare, contando sul necessario presupposto che il Legislatore sia attento al contesto reale nel quale le sue scelte produrranno effetti.

Il Consiglio dei ministri, nel definire le misure necessarie per dare attuazione al Piano, ha approvato il disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 (ai sensi dell’articolo 47, della legge 23 luglio 2009, n. 99), che comprende uno specifico intervento applicabile alle spiagge, nella sezione intitolata alla ‘Rimozione di barriere all’entrata nei mercati:

i regimi concessori⁹, dove appunto l'attenzione è correttamente rivolta all'istituto concessorio per definirne l'adeguamento e revisione, partendo dalla ricostruzione e mappatura dell'esistente, presupposto necessario per ogni corretta definizione degli indirizzi politici e degli strumenti necessari a realizzarli: tale intervento ricognitivo era peraltro già stato previsto dalla l. n. 145 del 2018, senza produrre gli esiti attesi.

L'approccio adottato dal Governo torna a focalizzare l'attenzione sulla concessione del *bene pubblico*, prevedendo espressamente la raccolta di tutti i dati utili "a verificare la persistenza in favore del medesimo soggetto delle concessioni e la proficuità dell'utilizzo economico del bene in una prospettiva di tutela e valorizzazione del bene stesso nell'interesse pubblico" (così art. 2, cit., comma 2, tra i principi e i criteri direttivi della delega legislativa proposta).

Anche l'assenza di una proroga automatica apre la strada a un possibile confronto, non immediatamente in termini di conflittualità, con l'UE, offrendo l'occasione di raccogliere ed evidenziare elementi che

⁹ Il testo della norma richiamata è il seguente: "Art. 2 (Delega per la mappatura e la trasparenza dei regimi concessori di beni pubblici) 1. Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze e del Ministro per gli affari regionali e le autonomie, sentita la Conferenza di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, un decreto legislativo per la costituzione di un sistema informativo di rilevazione delle concessioni di beni pubblici, al fine di promuovere la massima pubblicità e trasparenza, anche in forma sintetica, dei principali dati e delle informazioni relativi a tutti i rapporti concessori. 2. Il decreto legislativo di cui al comma 1 è adottato nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) definizione dell'ambito oggettivo della rilevazione includendo tutti gli atti, i contratti e le convenzioni che comportano l'attribuzione a soggetti privati o pubblici dell'utilizzo in via esclusiva del bene pubblico; b) identificazione dei destinatari degli obblighi di comunicazione continuativa dei dati, in tutte le amministrazioni pubbliche di cui al decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 che abbiano la proprietà del bene ovvero la sua gestione; c) previsione della piena conoscibilità della durata, dei rinnovi in favore di un medesimo concessionario, di una società controllata dal concessionario o di un suo familiare diretto, del canone, dei beneficiari, della natura della concessione, dell'ente proprietario e, se diverso, dell'ente gestore, nonché di ogni altro dato utile a verificare la persistenza in favore del medesimo soggetto delle concessioni e la proficuità dell'utilizzo economico del bene in una prospettiva di tutela e valorizzazione del bene stesso nell'interesse pubblico; d) obbligo di trasmissione e gestione dei dati esclusivamente in modalità telematica; e) standardizzazione della nomenclatura e delle altre modalità di identificazione delle categorie di beni oggetto di rilevazione per classi omogenee di beni, in relazione alle esigenze di analisi economica del fenomeno; f) affidamento della gestione della banca dati al Ministero dell'economia e delle finanze; g) previsione di adeguate forme di trasparenza dei dati di cui alla lettera c), anche in modalità telematica, nel rispetto della normativa in materia di tutela dei dati personali; 4 h) coordinamento con gli altri sistemi informativi e di trasparenza esistenti in materia di concessioni di beni pubblici".

possano consentire una proporzionata e motivata differenziazione all'interno di quello specifico settore di mercato.

Soprattutto, il mancato ricorso a quello strumento derogatorio rimette correttamente in gioco la P.a., riconsegnandole il ruolo essenziale per la cura degli interessi pubblici, valutati osservando la forma della funzione nelle varie fattispecie concrete. Spetta all'Amministrazione attuare il bilanciamento degli interessi in gioco, nel rispetto dei principi che ne regolano l'azione.

L'approccio adottato è in linea con quanto sopra evidenziato, e consente un opportuno adeguamento del potere concessorio in grado di valorizzare tanto il territorio – anche in senso amministrativo – sul quale impatta, aprendo la strada a un'opportuna, e realmente concorrenziale, qualificazione dei servizi offerti, soggetti a valutazioni delle performance gestionali, compresa la soddisfazione dei fruitori e l'integrazione raggiunta con il sistema turistico locale.