

Spiagge: *casus belli* per una riflessione sulla concessione di bene pubblico

Piergiorgio Novaro

Il presente articolo si prefigge di svolgere una riflessione attorno al concetto di concessione di bene pubblico prendendo le mosse dalla speciale – e vetusta – disciplina italiana relativa alle concessioni demaniali ad uso turistico ricreativo aventi ad oggetto le spiagge. Alla vigilia di una riforma organica del settore e sulla scorta dell'attuale dibattito che interessa le predette concessioni, l'articolo esamina le soluzioni adottate dagli ordinamenti spagnolo e francese per via degli evidenti profili di affinità con il sistema giuridico italiano, spingendo però l'analisi alle differenze di ordine dogmatico tra autorizzazione e concessione alla base delle assai divergenti soluzioni adottate da questi, al fine di ipotizzare un potenziale profilo evolutivo della materia nel nostro ordinamento.

1. Il rinnovato interesse per la disciplina delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico e ricreativo

Con cadenza ormai periodica si riaccende il dibattito sulla disciplina delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico e ricreativo, comunemente note anche come concessioni balneari, infiammato da ardite prese di posizione del legislatore nazionale e da importanti arresti della giurisprudenza europea e amministrativa.

Tra gli argomenti oggetto di discussione due appaiono costanti nell'andamento sinusoidale dell'attenzione rivolta al tema: la compatibilità o meno delle soluzioni interne rispetto al diritto eurounitario; il confronto con le soluzioni adottate da altri ordinamenti.

Riguardo al primo aspetto, il confronto tra le diverse opinioni ruota, essenzialmente, sulla sussunzione della nostrana concessione “balneare” nella nozione di autorizzazione prescritta dall'art. 12 della direttiva 2006/123/CE – d'ora in avanti anche direttiva Bolkestein –, ogniqualvolta

una pubblica amministrazione si trovi ad emanare un provvedimento amministrativo avente ad oggetto una risorsa naturale scarsa, adoperata dalla assai nota sentenza *Promoimpresa* resa dalla Corte di giustizia nel 2016. Riguardo al secondo aspetto, numerosi risultano i contributi che approfondiscono in prospettiva comparata le discipline presenti in ordinamenti che con il nostro appaiono accomunati vuoi per la tradizione giuridica di Paesi à droit administratif, vuoi per il rilevante impatto economico generato dall'industria turistica legata alle concessioni balneari.

Tuttavia, alcuni dei suddetti contributi si limitano ad una ricognizione dei testi normativi stranieri, la cui finalità in relazione all'analisi dell'istituto italiano resta confinata all'indubbio interesse scientifico sotteso all'analisi giuridica comparativa, in altri sembra invece perseguire la logica del "aver compagno al duol scema la pena", laddove viene fornita una lettura degli istituti esteri compatibile con la posizione assunta dal nostro legislatore e ribadita come contraria al diritto europeo dalla Corte di giustizia prima e dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato poi.

In entrambe le circostanze, l'analisi in questione non pare totalmente esente dalla gabbia del comparatista, proprio in ragione della natura meramente descrittiva del contesto giuridico, in assenza di un adeguato approfondimento delle matrici teoriche delle soluzioni e degli istituti adottati negli altri Stati. Tali ricostruzioni non sono perciò totalmente esenti dal rischio di forzare la sovrapposizione di istituti solo apparentemente assimilabili, perché fondati su presupposti teorici differenti.

In ragione di quanto finora rilevato, il presente scritto si propone, fatte sintetiche premesse sulla connotazione del dibattito attuale, di approfondire le matrici teoriche dell'istituto della concessione balneare in Italia e, al contempo, di analizzare i fondamenti giuridici degli istituti previsti dagli ordinamenti spagnolo e francese. Questi presentano sì le discipline positive maggiormente studiate nell'ottica comparatistica sopra descritta, nondimeno possono fornire spunti di ordine dogmatico oltremodo interessanti nella prospettiva di una imminente riforma del settore.

2. L'attuale dibattito sulle concessioni balneari in Italia

L'attuale dibattito sulle concessioni demaniali marittime ad uso turistico e ricreativo trae alimento, almeno apparentemente, dal contrasto di vedute circa l'applicazione del principio europeo di concorrenza alla materia

in esame. La vicenda è talmente conosciuta ed è stata oggetto di così numerosi ed ampi contributi dottrinali che è lecito, per esigenze di sintesi, soffermarsi direttamente sugli aspetti di questa ritenuti più salienti nell'ottica che qui preme¹.

Al fine di definirne gli esatti contorni, tuttavia, diviene imprescindibile separare in prima battuta il piano istituzionale dal piano giuridico.

Sul piano istituzionale, è nota la perdurante contrapposizione tra la Commissione europea ed il Governo nazionale, che è sfociata in ben due procedure di infrazione².

La prima è una strenua sostenitrice dell'applicazione anche alle concessioni in esame della disciplina europea derivata in materia di libera prestazione di servizi, ormai ampiamente consolidata a partire dalla altrettanto nota direttiva Bolkestein del 2006.

Il secondo si ostina a riproporre ipotesi di proroga generale *ex lege* delle concessioni in essere, anche in assenza di qualsivoglia confronto concorrenziale all'epoca dell'attribuzione, per ragioni prettamente extra-giuridiche che per forza di cose non possono essere oggetto di analisi nel senso che qui si vuole perseguire.

¹ Numerose riflessioni dottrinali si sono occupate del tema delle concessioni balneari, senza presunzione di completezza, tra i più recenti contributi si segnalano l'opera collettanea A. LUCARELLI, B. DE MARIA, M.C. GIRARDI (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime*, Napoli, ESI, 2021, e ancora B. CARAVITA, G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. una prospettiva di riforma* in *Federalismi.it*, 20, 2021; G. CERRINA FERONI, *La gestione del demanio costiero. Un'analisi comparata in Europa*, in *Federalismi.it*, 4, 2020; F. DI LASCIO, *Una spiaggia è per sempre? Il conflitto in materia di concessioni balneari*, in *Munus*, 5, 2018; G. CARULLO, A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime nel mercato europeo dei servizi: la rilevanza del contesto locale e le procedure di aggiudicazione*, in *Federalismi.it*, 26, 2020; G. BELLITTI, *La direttiva Bolkestein e le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2017, p. 60; M. MAGRI, *"Direttiva Bolkestein" e legittimo affidamento dell'impresa turistico-balneare: verso un'importante decisione della Corte di Giustizia U.E.*, in *Riv. giur. edilizia*, 4, 2016, p. 359 ss.

² La prima procedura di infrazione avviata nei confronti del nostro Paese è la n. 4908/2008, questa ha portato all'abrogazione del c.d. diritto di insistenza ai sensi dell'art. 37 del codice della navigazione. La seconda è la n. 4118/2020, con la quale la Commissione contesta la legittimità della proroga generale delle concessioni in essere al 2033 disposta con la l. n. 145 del 2018. Per esigenze di sintesi non è possibile in questa sede approfondire adeguatamente l'evoluzione che ha condotto all'attuale quadro normativo in materia di concessioni demaniali marittime ad uso turistico ricreativo. Per tale ragione sia consentito di rimandare all'abbondante letteratura sul tema, P. SPIRITO, *Criteri per la determinazione dei canoni demaniali e concessioni turistico ricreative*, in A. LUCARELLI, B. DE MARIA, M.C. GIRARDI (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime*, cit., p. 13.

Sul piano giuridico, a ben guardare, tale conflitto di opinioni non ha mai avuto ragione d'essere. Ancora prima del famoso arresto *Promoimpresa*, la giurisprudenza amministrativa e contabile si erano infatti già schierate su posizioni pienamente compatibili con il principio di diritto formulato dalla Corte di giustizia.

Anche se con riferimento al servizio pubblico di affissione, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato aveva infatti già decretato l'applicazione del principio di concorrenza al di là della materia della contrattualistica pubblica *stricto sensu*, dal momento che «la procedura ad evidenza pubblica è istituto tipico di garanzia della concorrenza nell'esercizio dell'attività economica privata incidente sull'uso di risorse pubbliche e che, in particolare, la concessione tramite gara dell'uso di beni pubblici per l'esercizio di attività economiche private è istituto previsto nell'ordinamento, essendo perciò fondata la qualificazione della gara come strumento per assicurare il principio costituzionale della libera iniziativa economica»³.

Parimenti, da tempo ormai remoto, la giurisprudenza contabile è ferma nel ribadire la necessaria applicazione dei principi dell'evidenza pubblica alle procedure di affidamento in concessione di beni pubblici, facendo leva su «l'interesse generale all'economico utilizzo dei beni pubblici» che non può non tenere conto anche del «rispetto della proficuità economica dell'assegnazione»⁴.

Sulle stesse posizioni si è poi espressa la Corte costituzionale che ha costantemente tacciato di illegittimità tutti i tentativi operati dai legislatori regionali di introdurre ipotesi di proroga *ex lege* delle concessioni in analisi⁵.

³ Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2013, n. 5.

⁴ Corte Conti, (Lazio) sez. reg. giurisd., 30 marzo 2009, n. 486 che si inserisce nel solco già segnato da due importanti deliberazioni sul punto cfr. Corte conti, sez. contr., 9 ottobre 1996, n. 135 e Corte conti, sez. Lombardia, 24 ottobre 1994, n. 288.

⁵ Gli arresti della Corte costituzionale sono primariamente concentrati attorno al 2010, periodo immediatamente successivo all'abrogazione da parte del legislatore nazionale del c.d. diritto di insistenza, originariamente previsto dagli artt. 36 ss. cod. nav. che produceva gli effetti nella sostanza di una concessione *sine die* – dal momento che questa poteva essere rinnovata su richiesta dei concessionari in scadenza – e oggetto principale delle contestazioni della Commissione di cui alla procedura di infrazione del 2009 prima richiamata. Tra queste, ricordiamo la sentenza n. 180/2010, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale *in parte qua* della l.r. Emi-

Con l'importante sentenza *Promoimpresa*, non a caso su rinvio pregiudiziale del giudice amministrativo italiano, la Corte di giustizia è intervenuta in argomento, riconducendo le concessioni di cui ci occupiamo nel novero delle autorizzazioni previste dall'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, vale a dire a quello speciale regime amministrativo cui la direttiva assoggetta le attività economiche – servizi –, il cui espletamento da parte di un soggetto giuridico privato richiedono lo sfruttamento di una risorsa naturale scarsa appartenente al pubblico dominio⁶.

Non deve perciò sorprendere che, a seguito della pronuncia del giudice europeo, proprio la giurisprudenza nazionale abbia largamente proposto per la disapplicazione della disciplina speciale nazionale in materia di concessioni demaniali marittime perché in contrasto con il diritto unionale⁷.

Tale orientamento dominante è stato oggi definitivamente consacrato dall'Adunanza plenaria nelle sentenze gemelle nn. 17 e 18 del 2021. Dopo aver argomentato circa la sussistenza nel caso di specie di tutti gli elementi previsti dalla normativa europea – scarsità della risorsa – e dalla giurisprudenza europea – interesse transfrontaliero –, l'Adunanza ha richiamato la natura *self-executing* della direttiva 2006/123/CE, come riconosciuta dall'*arrêt Promoimpresa*, riaffermando che «l'obbligo

lia-Romagna 23 luglio 2009, n. 8; la sentenza n. 340/2010 avverso la l.r. Toscana n. 23 dicembre 2009, n. 77; la sentenza n. 213/2011 avverso la l.r. Marche 11 febbraio 2010, n. 7, la l.r. Veneto 16 febbraio 2010, n. 13 e la legge l.r. Abruzzo 18 febbraio 2010, n. 3.

⁶ Sia consentito ricorrere a questa espressione, meno tecnica rispetto a demanio pubblico, ma senza dubbio più efficace dal momento che l'ordinamento europeo disconosce le distinzioni del nostro Codice civile in merito ai beni pubblici. Più in generale, peraltro, il principio della sottoposizione al diritto della concorrenza e all'art. 49 TFUE dei provvedimenti amministrativi nazionali che pongano delle limitazioni o stabiliscano delle condizioni all'esercizio di un'attività economica all'interno del mercato unico era già stato affermato dall'importante arresto *Tele-Austria* dei giudici di Lussemburgo.

⁷ Invero l'unico argomento che poteva ancora essere invocato a sostegno della sottrazione della disciplina italiana al principio di concorrenza, a seguito della sentenza *Promoimpresa*, poteva riguardare la presenza o meno di un interesse transfrontaliero certo nella fattispecie in esame, presupposto per l'applicazione della direttiva Bolkestein. Anche questa argomentazione è oggi assai fortemente ridimensionata dalla posizione assunta dall'Adunanza plenaria nelle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 citate che considera il settore economico nel suo complesso, poiché «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».

di non applicare la legge anticomunitaria grav[a] in capo all'apparato amministrativo».

In sostanza e in una maniera non del tutto ortodossa, l'Adunanza plenaria ha implicitamente lanciato un *diktat* al legislatore stabilendo che ogni ulteriore tentativo di imporre *ex lege* una proroga nel senso sopra precisato deve ritenersi in contrasto con il principio di concorrenza – dunque con il diritto unionale – e deve essere ritenuto *tamquam non esset* dalle amministrazioni⁸.

Ancor meno ortodossa è poi l'affermazione dell'Adunanza plenaria, «consapevole della portata nomofilattica», di introdurre per via pretoria un periodo transitorio fino al 31 dicembre 2023 «al fine di tutelare le posizioni degli attuali concessionari dagli effetti ad ampio spettro che inevitabilmente deriveranno» dalla propria decisione.

Stante la spada di Damocle della disapplicazione da parte delle amministrazioni, il Consiglio di Stato pare dunque sostituirsi nei risultati al legislatore, introducendo un periodo transitorio decorso il quale o il legislatore interviene con una riforma organica del settore o *tabula rasa*. Il massimo consesso amministrativo sancisce perciò il termine ultimo per quel processo di riforma del settore che almeno dal 2009 il legislatore continua a proclamare, ma mai a realizzare⁹.

Poiché sembrerebbe di essere alla vigilia di una ormai non più procrastinabile riforma, si ritiene di interesse approfondire i fondamenti dogmatici dell'istituto in esame anche in vista di una sua possibile evoluzione nel senso di una maggiore compatibilità con i dettami dell'ordinamento eurounitario e della mutata sensibilità giuridica sul tema.

⁸ M.A. SANDULLI, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza plenaria*, in *Dir. e Soc.*, 3, 2021, p. 344, ha peraltro avanzato una censura riguardo alle Adunanze gemelle sotto il profilo dell'eccesso di giurisdizione, a causa del peculiare contenuto di queste tale da assumere un carattere prettamente decisorio.

⁹ È curioso che ogni intervento di proroga del legislatore sia stato accomunato dall'*incipit* «nelle more del procedimento di revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turisticocreative», nell'ordine: art. 1, comma 18, d.l. n. 194/2009; art. 34 *duodecies* d.l. 179/2012; *et in cauda venenum* art. 1, comma 682, l. n. 145/2018.

3. *La disciplina vigente in materia di concessioni balneari*

Le concessioni demaniali marittime ad uso turistico e ricreativo sono una *species* del più ampio *genus* delle concessioni di bene pubblico che sconta una duplice criticità sotto il profilo dell'inquadramento normativo: la vetustà e la contraddittorietà della disciplina speciale ad esse riferita. Con riferimento al primo profilo, le concessioni in esame trovano il proprio fondamento normativo all'art. 36 del codice della navigazione, approvato con r.d. n. 327/1942 e dal decreto esecutivo dello stesso, approvato con d.P.R. n. 328/1952.

L'art. 36 del codice, rubricato concessioni demaniali, sottopone a concessione «l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di beni demaniali e di zone di mare territoriale per un determinato periodo di tempo», introducendo una distinzione a seconda della durata superiore o meno a quattro anni e della tipologia degli investimenti previsti.

Questa distinzione è ulteriormente specificata poi dal regolamento esecutivo. Questo presenta una sottoclassificazione di ordine formale dell'istituto in esame, utilizzando come criterio distintivo la durata delle concessioni.

In particolare, l'art. 8 disciplina le c.d. concessioni per licenza. Queste si caratterizzano per: a) durata non superiore a quattro anni; b) presenza di impianti di non difficile rimozione; c) possibilità di rinnovo «*senza formalità di istruttoria*»; d) determinazione del canone senza particolari prescrizioni normative.

Per contro, l'art. 9 del medesimo regolamento si limita a stabilire per le concessioni di durata superiore o che importino impianti di difficile rimozione, che queste debbano avere la forma dell'atto pubblico, con ciò presumibilmente implicando che per esse trovino applicazione i più generali canoni previsti per le concessioni di beni pubblici *tout court*, cui si aggiungono speciali prescrizioni valide solo per questa specie di concessione.

Rileva infatti l'art. 37 del codice della navigazione ove si stabiliscono ulteriori prescrizioni, qualora per una determinata concessione ricorra una pluralità di domande, introducendo un duplice criterio di preferenza sulla base delle: i) maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione; ii) richieste che importino attrezzature non fisse e completamente amovibili.

Sebbene non espressamente previsto, si deve ritenere che questo articolo non sia astrattamente applicabile alle concessioni per licenza, per le quali le strutture amovibili rappresentano un elemento essenziale e non un criterio preferenziale. Inoltre, la assai scarsa giurisprudenza intervenuta sul tema ha sempre sottolineato per queste ultime la natura informale del procedimento di emanazione, che richiederebbe esclusivamente la forma scritta “*ad substantiam actus*”, quale formale dichiarazione di volontà da parte dell’amministrazione¹⁰.

Inoltre, trova applicazione la l. n. 494/1993, la quale con le sue successive modificazioni ha disposto in merito alla determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime, prevedendo un meccanismo basato su valori tabellari aggiornati con cadenza periodica da un decreto ministeriale. Le amministrazioni competenti sono chiamate ad applicare detti valori senza ulteriori margini di discrezionalità riguardo alle peculiarità del bene del demanio marittimo da affidare o dell’attività che su questo si vuole concretamente espletare rispetto ai parametri utilizzati dal decreto.

La dicotomia tra concessioni per licenza e concessioni propriamente dette risulta tuttavia inficiata tanto da una evidente contraddittorietà del quadro normativo vigente, quanto da una sostanziale confusione sul piano applicativo.

In ordine al primo punto occorre infatti precisare che con l’art. 42 del d. lgs. n. 96/1999 le funzioni amministrative previste dall’art. 105, comma 2, lett. l), del d.lgs. n. 112/1998, vale a dire «il rilascio di concessioni di beni del demanio della navigazione interna, del demanio marittimo e di zone del mare territoriale per finalità diverse da quelle di approvvigionamento di fonti di energia», sono state trasferite ai Comuni¹¹. Per converso, ai sensi dell’art. 11 della l. n. 217 del 2011 al dichiarato fine di chiudere la prima procedura di infrazione, dette concessioni, sono

¹⁰ Cons. Stato sez. VI, 13 dicembre 1990 n. 1054 e Cons. Stato, sez. VI, 23 ottobre 2001, n. 5584.

¹¹ Ai sensi dell’art. 01 della citata l. n. 494/1993, dette concessioni possono essere rilasciate, oltre che per servizi pubblici, per servizi, per attività portuali e produttive, anche per l’esercizio di attività economiche relativa alla gestione di stabilimenti balneari e agli esercizi di ristorazione e somministrazione di bevande, cibi precotti e generi di monopolio.

rilasciate dal capo del compartimento marittimo con licenza, qualora siano di competenza statale¹².

A ben guardare, dunque, la possibilità di attribuire concessioni per licenza parrebbe oggi essere limitata alle sole ipotesi di competenza statale e viene da chiedersi quali siano queste ipotesi dal momento che tutte le funzioni risultano oggi trasferite ai Comuni.

In merito al secondo punto, la distinzione operata dal codice della navigazione è largamente ignorata sul piano applicativo, giacché non mancano precedenti giurisprudenziali che, senza entrare nel merito della compatibilità dell'istituto con il quadro normativo descritto, implicitamente ammettono la validità di concessioni per licenza rilasciate dai Comuni per lo svolgimento di attività riconducibili a stabilimenti balneari¹³.

Ne deriva un quadro normativo che ha perso l'organicità propria della vetusta disciplina degli anni '50 a causa di interventi normativi puntuali e contraddittori volti più ad evitare le conseguenze delle procedure di infrazione e ad estendere *sine die* lo stato di fatto piuttosto che ad adeguare l'impianto normativo iniziale alle mutazioni del contesto giuridico ed economico.

3.1 ... e i suoi riflessi di ordine dogmatico

Sul piano dogmatico, la distinzione effettuata dal codice della navigazione in relazione ai due istituti sopra descritti, pare riflettere in primo luogo la più generale promiscuità circa l'utilizzo nella legislazione amministrativa di termini quali "licenza" e "autorizzazione" «dimodoché l'impiego d'uno di essi per indicare una categoria predeterminata genera piuttosto confusione»¹⁴. Così, *prima facie* stridente può apparire la locuzione «concessione per licenza» se si pone mente che le licenze, almeno nell'opinione più comune, dovrebbero essere considerate attratte al *genus* delle autorizzazioni non già delle concessioni¹⁵.

¹² Questo articolo ha introdotto un comma 2-*bis* all'art. 1 della citata l. n. 494/1993.

¹³ I precedenti sono assai scarsi, tra i più recenti si segnalano T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 31 gennaio 2020, n.124; Cons. Stato, sez. IV, 17 gennaio 2020, n. 122; Cons. Stato, sez. V, 16 febbraio 2017, n. 688.

¹⁴ G. LANDI, *Licenza (dir. amm)* (voce), in Enciclopedia del Diritto, vol. XXIV, p. 636.

¹⁵ P. SALVATORE, *Licenza* (voce), *Enciclopedia giuridica*, vol. XIX.

In secondo luogo, diviene pregnante il margine di incertezza relativo alla nozione stessa di concessione di bene pubblico, per la quale la ricerca di un principio essenziale «sollecitata dalla palese insufficienza della legislazione, ha condotto la giurisprudenza a sviluppare, se non un compiuto e coerente sistema di regole, certamente un quadro di orientamenti e di alternative di fondo, che si vanno continuamente evolvendo»¹⁶.

In effetti, la concessione di bene pubblico è tradizionalmente attratta alla eterogenea categoria di provvedimenti della concessione amministrativa «caratterizzata unitariamente solo per il fatto che l'Amministrazione arricchisce di utilità la sfera giuridica del concessionario, o, secondo una diversa e più esatta interpretazione, costituisce o trasferisce nel patrimonio giuridico del concessionario nuovi *status*, nuove legittimazioni, nuove qualità o nuovi diritti»¹⁷.

Sempre con riferimento all'impostazione tradizionale, l'inquadramento dogmatico della concessione di bene pubblico risente ancora in parte della più che nota concezione ranellettiana sotto due principali profili: della differenziazione rispetto all'autorizzazione; del suo inquadramento come atto giuridico.

In ordine al primo profilo, non è infrequente vedere riproposta anche in tempi assai recenti la assai nota distinzione che rappresenta la concessione quale fattispecie ampliativa della sfera giuridica soggettiva del concessionario attribuendo una facoltà prima non nella disponibilità di questo per contrasto con il concetto di autorizzazione quale provvedimento che elimina un ostacolo all'esercizio di una facoltà da parte del privato, che però è già astrattamente nella sua disponibilità giuridica¹⁸.

¹⁶ B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, CEDAM, 2008, p. 393.

¹⁷ F. G. SCOCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Le concessioni di servizi*, Rimini, Maggioli 1988, p. 25.

¹⁸ Quanto alla distinzione ranellettiana tra concessione ed autorizzazione il riferimento è ovviamente al famoso contributo di O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV, 7 oltre a O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Roma-Firenze, UTET, 1894-1897. Qui il Maestro introduce il concetto di concessione amministrativa come atto d'imperio in relazione all'allora assai pregnante dibattito sulle concessioni di pubblica illuminazione. In particolare, riguardo al problema di preservare le pubbliche amministrazioni di allora rispetto ad ipotesi di recesso dai rapporti in essere con gli affidatari del servizio di illuminazione a gas in vista del passaggio al più efficiente e meno costoso servizio elettrico, laddove queste non avessero previsto appositi meccanismi di estinzione anticipata del rapporto. Questa distinzione viene riproposta peraltro

Questa distinzione, tuttavia, che già in sede di sua prima elaborazione era strumentale alla giustificazione di una astratta posizione di supremazia della pubblica amministrazione nei confronti del concessionario, come si avrà modo di dire qui appresso, era stata già in passato tacciata da autorevole Dottrina come puramente descrittiva e non adeguata a descrivere la realtà effettiva dei rapporti giuridici¹⁹.

Non pochi, peraltro, sono stati i tentativi da parte di altrettanto autorevole Dottrina di adeguare l'impostazione teoretica appena descritta alla predetta realtà, senza però riuscire a superare del tutto le criticità appena evidenziate per il semplice motivo che tale distinzione non ha mai avuto una reale ricaduta sul piano applicativo, men che meno oggi. Al punto che si concorda appieno con chi ha denunciato «l'assai problematica farraginosità del “duplice binario” amministrativo – autorizzatorio e concessorio – che ancora oggi caratterizza la disciplina nazionale»²⁰. In ordine al secondo profilo, sotto i colpi della scure europea si è assistito al definitivo tramonto della nozione di concessione come atto di imperio caratterizzato dalla precarietà della posizione del concessionario, che pure aveva marcato la sua primigenia elaborazione ed ha

anche con riferimento al dibattito attuale riguardo alle concessioni balneari, da chi sostiene che queste non possano essere assimilate al concetto europeo di autorizzazione, di cui al citato articolo della direttiva Bolkestein, proprio in ragione della nostra tradizionale distinzione. Per tutti, M. MAGRI, “*Direttiva Bolkestein*” e *legittimo affidamento dell'impresa turistico-balneare: verso un'importante decisione della Corte di Giustizia U.E.*, cit., p. 369 «non esiste concettualmente un diritto di sfruttare liberamente, in concorrenza pura, i beni del demanio per usi privati finalizzati all'impresa turistica, sottoposto ad un'autorizzazione. Esiste al contrario, in origine, il divieto di sfruttamento del demanio pubblico per fini turistici, eccezione fatta per le attività oggetto di concessione, che, appunto per ciò, dicesi costitutiva».

¹⁹ M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1993, p. 652 «che le concessioni si risolvano in un ampliamento della sfera giuridica altrui è vero, ma a nessuno sfugge che tale posizione è puramente descrittiva, oltre che generica, e che i procedimenti autorizzatori costitutivi e anche dei comuni negozi di diritto privato posti in essere da pubbliche amministrazioni “ampliano” sfere giuridiche altrui».

²⁰ M. CERUTI, *L'istituto euro-unitario della concessione e la fine della dicotomia fra autorizzazione e concessione (Parte II)*, in *Urb. e app.*, 1, 2021, p. 15. Con riferimento invece ai richiamati tentativi dottrinali di “mettere a terra” l'arcaica distinzione, per tutti si pensi alla posizione assunta da S. CASSESE, *I beni pubblici circolazione e tutela*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 214 il quale individua il tratto distintivo tra concessione e autorizzazione nel fatto che «non è tanto che l'una costituisce o permette l'assunzione di un diritto prima non pertinente al privato mentre l'altra permette l'esercizio di un diritto già proprio del privato, ma – piuttosto – che la concessione dà al privato solo alcuni usi del bene, positivamente indicati, mentre l'autorizzazione dà tutti gli usi eccetto quelli espressamente esclusi».

subito una progressiva erosione nei confronti dell'accezione negoziale del rapporto concessorio²¹. Questa è passata dapprima dalla costruzione della concessione quale atto giuridico dalla duplice composizione di concessione - provvedimento e convenzione accessiva, che in passato ha avuto il pregio di consentire un graduale passaggio dall'impostazione autoritativa all'impostazione consensuale²². Da ultimo, con l'emanazione della direttiva 2014/23/UE, la concezione puramente contrattuale della concessione si è definitivamente imposta²³.

Peraltro, è bene sottolineare che le elaborazioni relative alla nozione in esame, sommariamente richiamate, hanno avuto quale archetipo della concessione amministrativa, la concessione di servizio pubblico innanzitutto e la concessione di servizi in generale poi. In questo caso la logica sottesa all'evoluzione appena descritta è sempre stata funzionale, dal

²¹ Quanto invece al concetto di precarietà della posizione del concessionario, in O. RANELLETTI, *Concetto, natura e limiti del demanio*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1898, III Teoria, p. 200, l'Autore sostiene che «la situazione giuridica del privato concessionario ha sempre "carattere di precarietà" nei confronti del concedente per esigenze di interesse pubblico (...). Ciò spiega perché il concessionario ha un diritto (di natura reale e talvolta di natura personale) nei confronti della generalità dei soggetti, che affievolisce divenendo interesse legittimo, nei confronti dell'ente concedente».

²² La formula della concessione-contratto evidenzia perciò la sussistenza di due atti, il provvedimento autoritativo ed il negozio bilaterale, «il primo attributivo del nuovo diritto o potere, l'altro disciplinante le sue modalità di esercizio», R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. I, Bologna, Monduzzi, 2005, p. 850. Questa ha goduto di un ampio riscontro in dottrina, mettendo in rilievo l'accessività, ovvero il collegamento funzionale, dell'elemento consensuale - contratto o convenzione - accessivo -collegato - ad un provvedimento amministrativo, come tale autoritativo ed unilaterale F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1965, p. 127 e F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, Cedam, 1965, p. 502.

²³ Come ricorda L. SALTARI, *Le concessioni amministrative. Uno strumento antico, capace di rinnovarsi*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2020, p. 409, «il diritto dell'Unione europea spinge le concessioni amministrative nella sfera del contratto, sbiadendone (o cancellandone) la propria tradizionale dimensione provvedimentale». Dello stesso avviso G. SANTI, *Il partenariato pubblico-privato ed il contratto di concessione. Il contraente generale*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di) *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 141; F. GOISIS, *Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico versus visioni tradizionali*, in *Dir. amm.*, 4, 2015, p. 763. Del resto in tempi meno recenti già parte della Dottrina aveva sposato una concezione tutta contrattuale dell'istituto in esame ritenendo di inquadrare le "concessioni-contratto" nel più ampio genere dei «contratti amministrativi», F. MERISI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.*, 1, 1993, p. 35, G. GRECO, *Le concessioni di servizio pubblico tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 3-4, 1999, p. 387; R. CAVALLO PERIN, *Riflessione sull'oggetto e sugli effetti giuridici della concessione di servizio pubblico*, in *Dir. amm.*, 1, 1994, p. 116.

momento che l'attività economica oggetto di concessione ha rivestito un ruolo fondamentale anche nella prospettiva di identificare poteri, facoltà ed obblighi delle parti coinvolte²⁴.

Per contro, la concessione di bene pubblico ha costantemente rivestito un ruolo servente nell'elaborazione dottrinale sul punto, quale destinataria, in via indiretta e secondo un canone di compatibilità, delle ricadute dogmatiche oggetto della riflessione concernenti la prima per il solo fatto di appartenere al medesimo *genus*.

Nel caso della concessione di bene pubblico, la logica è rimasta ancora fortemente ancorata ai profili dominicali di protezione autoritativa del bene, essendo solo limitatamente scalfita dalla *nouvelle vague* che ha investito la concessione – contratto privilegiando appunto gli aspetti economici in senso ampio, il rischio operativo, etc...

Prova inconfutabile di quanto appena affermato, sono proprio le concessioni balneari, ancora oggi soggette ad una disciplina, abbiamo visto, lontana dall'odierna sensibilità in materia. Sostenere la non applicabilità della direttiva *Bolkestein* alle concessioni in esame equivale a dire che l'unico elemento fondamentale dell'istituto in commento è il bene in sé, ignorando volutamente che il bene pubblico altro non è che un semplice *medium* attraverso il quale il concessionario intende realizzare un'attività economica²⁵. In questo senso, l'unico elemento di differenziazione della fattispecie risiederebbe pertanto nella natura demaniale del bene, rispetto ad altre categorie di beni pubblici che all'opposto non godrebbero dei medesimi livelli di protezione. Così ragionando, tuttavia, si giunge all'odierno paradosso per cui l'affidamento in concessione di un bar in un ospedale, che presuppone la messa in disponibilità del concessionario dei locali dove svolgere l'attività che pur sempre sono beni pubblici, assume connotazioni di concessione di servizio, mentre concedere una spiaggia viene qualificato come una concessione di bene pubblico.

²⁴ Secondo L. SALTARI, *Le concessioni amministrative. Uno strumento antico, capace di rinnovarsi*, cit., p. 410 «la fuoriuscita dal perimetro della specialità propria del diritto amministrativo volge chiaramente nella direzione di rafforzare la libertà dell'impresa concessionaria».

²⁵ Questa impostazione è condivisa da B. BAREL, *Diritto europeo, direttiva «servizi» e disciplina italiana delle concessioni degli arenili*, in *Munus*, 1, 2018, p. 358.

Del resto, che anche le concessioni di bene pubblico non possano sfuggire alla logica regolatoria, vale a dire alla logica che privilegia l'*utilitas* economica che il beneficiario ricava dalla disponibilità del bene, è questione che già attenta Dottrina ha sollevato da tempo²⁶. Circostanza questa che era stata evidenziata dalla Dottrina più avveduta anche con specifico riferimento alle concessioni balneari, laddove ascriveva siffatte concessioni ad uno dei «modelli di coesistenza tra destinazione pubblica del bene e sua utilizzazione economica», caratterizzato da «utilizzazioni economiche del bene stesso compatibili con la sua destinazione pubblica»²⁷.

Come rilevato da attenta Dottrina, peraltro, nella fattispecie in esame la tradizionale dicotomia sembra essere messa in crisi anche dall'Adunanza plenaria nelle sentenze gemelle «optando per un'interpretazione sostanzialistica che valorizza l'autorizzazione che i prestatori devono ottenere dalle autorità nazionali al fine di poter esercitare la loro attività economica»²⁸.

²⁶ Sulla scorta dei fenomeni di privatizzazione dei beni pubblici, del resto, alcuni Autori avevano già ipotizzato la scissione tra regolazione e gestione economica del bene, nel caso in cui la titolarità del bene fosse passata a soggetti privati – appartenenti alla sfera pubblica, aggiungerei oggi. In questo caso, sebbene limitata alla circostanza appena descritta, tale corrente di pensiero era giunta a sostenere che «la concessione a terzi dell'utilizzazione economica dei beni non potrà che avvenire tramite la stipulazione di contratti, pure nei casi in cui le tradizionali normative di settore prevedano ancora il ricorso allo strumento dei provvedimenti amministrativi di concessione» M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 295. Altri Autori invocano un superamento della concezione tradizionale della concessione di bene pubblico poiché inadeguata rispetto a più complessi schemi di sfruttamento economico: «se la possibilità di sfruttamento economico dei beni demaniali ad uso collettivo sono circoscritte a ciò che “sopravanza la demanialità” esse sono di scarso rilievo». All'opposto, «uno sfruttamento significativo dal punto di vista economico della risorsa deve giocoforza essere ricercato, per così dire, all'interno del regime demaniale, e cioè proprio in ordine alle possibilità di sfruttamento della risorsa precluse da questo particolare regime di protezione». M. OLIVI, *Beni demaniali ad uso collettivo. Conferimento di funzioni e privatizzazione*, Padova, CEDAM, 2005, p. 208.

²⁷ V. CERULLI IRELLI, *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni*, in *Titolarità pubblica e regolazione dei beni*, Annuario AIPDA, 2003, Milano, Giuffrè, p. 22.

²⁸ F. FERRARO, *Diritto dell'Unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'Adunanza plenaria?*, in *Dir. e soc.*, 3, 2021, p. 362. Del resto, come ricordato da G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge, stessi concessionari?*, in *Dir. e soc.*, 3, 2021, p. 387 all'indomani della pubblicazione dell'arresto *Promoiimpresa* la Dottrina dominante non aveva osteggiato l'applicazione della direttiva servizi anche all'istituto nostrano della concessione di bene pubblico.

4. *Analisi degli istituti rilevanti negli ordinamenti stranieri considerati*

Delineate nei tratti essenziali le peculiarità della disciplina nostrana in materia di concessioni balneari, è possibile ora estendere l'analisi agli ordinamenti spagnolo e francese. In via preliminare, appare evidente come i due ordinamenti divergono rispetto al nostro per due aspetti fondamentali: entrambi si sono dotati in epoca recente di un impianto normativo organico e coerente con l'attenzione oggi rivolta al principio di concorrenza; entrambi pongono alla base della propria costruzione giuridica l'attività economica, per cui l'utilizzo del bene diviene strumentale. Per meglio comprendere le ricadute di ordine sistematico derivanti dalle discipline adottate dagli ordinamenti considerati, per ciascuno si procederà ad illustrare sinteticamente il quadro giuridico di riferimento in punto di competenza amministrativa e di atti giuridici rilevanti, per poi prestare particolare attenzione alla riflessione dogmatica che questi ultimi hanno ricevuto.

4.1 *La disciplina prevista dall'ordinamento spagnolo*

Per procedere all'analisi della disciplina prevista in materia da parte dell'ordinamento spagnolo, è imprescindibile svolgere una serie di distinzioni preliminari al fine di mettere in migliore evidenza le differenze di fondo rispetto alla più conosciuta disciplina domestica.

Innanzitutto, l'ordinamento spagnolo si è dotato di una disciplina organica contenuta nella *ley de Costas* n. 22/1988 come ampiamente modificata dalla *ley* n. 2/2013²⁹.

In punto di competenza amministrativa la legge spagnola attribuisce la funzione di protezione e gestione del demanio marittimo allo Stato – art. 110 –, rimettendo ai Comuni in via generale e nei limiti eventualmente previsti dalle legislazioni autonome – *id est* delle *Comunidades Autónomas* – competenze che potremmo definire di supporto istruttorio per le operazioni di *deslinde*, nonché competenza in merito all'avvio dei procedimenti per l'emanazione dei provvedimenti di occupazione dei beni, di cui si dirà oltre – art. 115.

²⁹ La *ley de costas* del 1988, aveva peraltro già subito un processo di parziale revisione ad opera della *ley* n. 25/2009, di recepimento della direttiva 2006/123/CE.

Inoltre, la *Ley de Costas* presenta una disciplina speciale relativa esclusivamente alle spiagge, che si differenzia dalla disciplina generale relativa alla protezione e allo sfruttamento del demanio pubblico marittimo.

Per l'ordinamento spagnolo, le spiagge sono dunque una speciale categoria di beni demaniali, considerando tali gli arenili più un'ulteriore fascia di litorale individuata per via regolamentare attraverso un'operazione di delimitazione denominata "*deslinde*", il cui uso è sancito dall'art. 31 della *ley de costas* come libero, pubblico e gratuito.

La specialità della disciplina in esame si fonda, oltre che sulla natura del bene pubblico, anche sulla tipologia di beni – privati – che possono insistere sulle spiagge e sulle attività economiche sottese all'occupazione del bene demaniale.

Con riferimento al primo elemento, sulle spiagge spagnole non è consentito edificare alcuna installazione fissa ed inamovibile, se non nei limiti di quegli edifici pubblici accessori – ad esempio per le funzioni sanitarie o di polizia – che non possano essere edificati nella zona del litorale immediatamente successiva.

Con riferimento al secondo elemento, e quale conseguenza del primo, è consentito occupare le spiagge spagnole esclusivamente per esercitare un "*servicio de temporada*", espressione che comprende quei servizi prettamente accessori alla balneazione che possono essere erogati senza ricorrere ad installazioni fisse – art. 33.

Questa dicotomia tra disciplina generale del demanio marittimo e disciplina speciale delle spiagge si riflette anche sulla tipologia di provvedimento amministrativo che viene in rilievo.

A tal proposito occorre precisare che, in generale, l'occupazione di suolo demaniale per un uso in esclusiva avviene in Spagna sulla base di un titolo concessorio, qualora sia richiesta l'edificazione di strutture fisse sul suolo demaniale³⁰.

³⁰ L'emanazione di un provvedimento di concessione di bene prevista dalla *ley de Costas* avviene normalmente ad istanza della parte interessata, la quale deve presentare un progetto di uso del bene e può essere preceduta da una procedura comparativa qualora vi siano più richieste di utilizzazione – artt. 73 ss. Queste possono avere una durata fino a 75 anni. Si tratta in sostanza o di attività industriali che necessitano di uno sbocco diretto al demanio idrico, quali ad esempio industrie conserviere, nautiche, ecc., o attività commerciali che richiedono installazioni fisse – ad esempio un ristorante – che possono essere ubicate su suolo demaniale ma al di fuori della zona delimitata come spiaggia. A queste, nel caso spagnolo si devono aggiunge-

Per contro, la possibilità di esercitare un “*servicio de temporada*”, è soggetta ad un’autorizzazione la cui durata non è predeterminata dal legislatore – in linea di massima quattro anni –, ma rimessa a fonti regolamentari a seconda della *Comunidad Autónoma* ove i beni demaniali sono ubicati, o derivante dalle specificità proprie delle attività che si voglia realizzare.

Peraltro, l’aspetto più saliente della legislazione spagnola è che l’autorizzazione di cui si discute è richiesta dai singoli Comuni all’amministrazione statale competente. L’istanza di autorizzazione è corredata da una pianificazione dell’uso degli arenili che deve essere coerente con i limiti di uso previsti dalla normativa in commento e da una pianificazione finanziaria – *plan financiero* – delle attività che il Comune intende espletare su detti beni demaniali.

Questa seconda attività pianificatoria risulta essenziale al fine di determinare l’ammontare esatto della tassa che i Comuni devono corrispondere all’amministrazione statale a causa dell’autorizzazione richiesta, la quale ai sensi della *ley* n. 58/2003 è calcolata sulla base di una quota fissa rispetto alla superficie del bene oggetto di autorizzazione e di una quota variabile rispetto alla dimensione economica e finanziaria dei *servicios de temporada* oggetto di autorizzazione.

Ai sensi dell’art. 53 della *ley de costas*, poi, i Comuni che hanno ricevuto l’autorizzazione potranno optare per affidare a terzi l’esercizio di detti servizi, sempreché l’atto di affidamento – o se vogliamo la sub-autorizzazione – sia preceduto da un procedimento amministrativo conforme ai principi di pubblicità, trasparenza e concorrenza.

La dicotomia presente nella legislazione spagnola tra concessione ed autorizzazione nel senso fin qui descritto è anche il precipitato dell’elaborazione teorica sul punto da parte della Dottrina spagnola.

Sotto il profilo dogmatico, infatti, anche nell’ordinamento spagnolo la distinzione tra provvedimento concessorio e provvedimento autorizzatorio

re situazioni relative ad immobili ad uso residenziale che si trovano oggi su suolo demaniale, ma la cui edificazione risale ad epoca pre-constituzionale, in cui un simile sfruttamento del bene pubblico era consentita.

ha preso le mosse originariamente dalla distinzione ranellettiana, che la dottrina spagnola ha sposato in un primo momento al pari della nostra³¹. Questa distinzione, con riferimento ai beni pubblici, si è tuttavia rivelata al centro di una delle teorizzazioni meno pacifiche³², a causa primariamente del peso crescente che è stato attribuito alla qualificazione delle attività sottese all'emanazione dei predetti provvedimenti e all'evoluzione dottrinale che ha abbandonato l'originaria connotazione provvedimentale degli atti in questione privilegiandone il carattere negoziale, così come avvenuto del resto nel nostro ordinamento.

Ciò ha condotto ad un'evoluzione del concetto di autorizzazione che ha abbandonato i più tradizionali caratteri di provvedimento autoritativo unilaterale volto a regolamentare le attività commerciali, acquisendo le connotazioni di atto dal contenuto negoziale con cui l'amministrazione tutela l'interesse pubblico attraverso una duplice funzione di direzione e controllo del servizio autorizzato³³.

In sostanza, con riferimento ai beni pubblici nella prospettiva che si è in procinto di analizzare si può affermare che il ricorso allo strumento concessorio permanga nell'ordinamento spagnolo ogni qual volta prevalga la dimensione dominicale in relazione alla protezione del bene pubblico e agli investimenti che il concessionario è tenuto a realizzare, al punto che la Dottrina ritiene che si perfezioni in capo a quest'ultimo un vero e proprio diritto reale minore, del quale il concessionario può essere privato anticipatamente dietro corresponsione di un indennizzo.

³¹ J.L. MEILAN GIL, *Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión*, in *Revista Administración Pública*, 1973, p. 85.

³² J. C. LAGUNA DE PAZ, *La autorización administrativa*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2006, p. 143 *-la diferenciación entre concesión y autorización, sobre todo en la utilización de los bienes de dominio público, es una de las cuestiones menos pacíficas en teorización del Derecho administrativo, falta de consenso y se ha trasladado a la legislación y a la doctrina jurisprudencial ya que los caracteres que se consideran como propios de una u otra categoría se trasvasan sin grandes perturbaciones.*

³³ M. GARCÍA PÉREZ, *La naturaleza jurídica de la autorización y la concesión, a propósito de la utilización del dominio público*, in *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 1997, p. 341, *-la autorización administrativa ha dejado de ser un mero acto de carácter policial para servir como técnica al servicio de la Administración Pública, tutela del interés general que orienta la actividad económica o social por los derroteros convenientes a las necesidades públicas... Pérdida del carácter absolutamente reglado de su otorgamiento en favor de su naturaleza "negocial".*

All'opposto, lo strumento autorizzatorio privilegia la dimensione regolatoria, vale a dire la regolazione dell'attività economica autorizzata, al punto che in capo all'autorizzato possono solo configurarsi diritti obbligazionari, come diritto ad esercitare l'attività autorizzata nei limiti e alle condizioni stabilite dall'amministrazione competente³⁴.

4.2 *La disciplina prevista dall'ordinamento francese*

Parallelamente a quanto fatto per l'ordinamento spagnolo anche in relazione all'ordinamento francese sono necessarie alcune precisazioni preliminari.

Anche l'ordinamento francese si differenzia dal nostro, in quanto le c.d. concessioni balneari sono state oggetto di una disciplina speciale ed organica: ci si riferisce in particolare al *décret n. 2006 du 26 mai 2006 relatif aux concessions de plage*, confluito oggi nel *Code général de la propriété des personnes publiques* – CG3P.

Anche in Francia l'uso delle spiagge è libero e gratuito, secondo un principio sancito dal Consiglio di Stato già nel 1858, che ha trovato una prima positivizzazione nella *loi littoral* del 1986 e oggi all'art. L2124-4 CG3P e all'art. L321-9 CdE – *Code de l'Environnement*. Occorre poi distinguere tra le spiagge naturali e le spiagge artificiali: le prime appartengono al demanio marittimo, le seconde possono essere oggetto di proprietà privata.

Quanto alle spiagge demaniali, la competenza amministrativa in ordine alla loro tutela e gestione è rimessa allo Stato. Queste sono individuate in base alle disposizioni relative al litorale di cui agli artt. L321-1 e ss. CdE. Ai sensi dell'art. L2124-4 CG3P, il principio dell'uso libero e gratuito delle spiagge può essere derogato solo a seguito dell'emanazione da parte dell'Autorità statale di una speciale concessione – *concession de plage* – che si configura quale *species* del *genus* delle concessioni di bene pubblico.

³⁴ R. FERNANDEZ ACEVEDO, *Las concesiones administrativas de dominio público*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2012, p. 149, «las concesiones colocan al sujeto en una posición más estable derivada de la existencia de un verdadero derecho subjetivo real (...) del que puede ser privado anticipadamente mediante indemnización (...) A su vez las autorizaciones no otorgan un derecho real sino facultades mucho más inestables que, a menudo, la ley denomina precarias y que se desvuelven en ámbito posesorio».

In estrema sintesi, la disciplina francese relativa alle concessioni balneari presenta i seguenti elementi di specialità.

In primo luogo, l'art. L321-9 CdE attribuisce alle metropoli, e in subordine ai Comuni, un diritto di preferenza – *droit de préférence* – nell'attribuzione delle concessioni da parte dello Stato³⁵. In altri termini, ogni qualvolta lo Stato decide di rimettere all'uso in privativa una porzione precisamente identificata del litorale, la Metropoli – o il Comune – nel cui territorio tale porzione è situata ha la possibilità di avanzare la richiesta di affidamento in concessione della stessa. In caso di assenza di richieste da parte degli enti locali, cosa che avviene assai di rado dati i benefici anche economici che queste concessioni comportano, lo Stato può affidare direttamente a terzi – pubblici o privati – dietro confronto competitivo.

Concentrando la nostra attenzione sulle concessioni emanate agli enti locali, ai sensi dell'art. R2124-22 CG3P, la sopra menzionata richiesta deve essere accompagnata da un apposito piano di gestione della spiaggia, dov'è indicato lo stato attuale dell'arenile, il progetto di gestione e gli investimenti necessari.

Al di fuori delle ipotesi – invero assai poco consuete – di gestione diretta delle attività oggetto di concessione – anche tramite società pubblica –, l'ente pubblico ha la facoltà di affidare a privati in sub concessione – *sous-traités d'exploitation*³⁶.

Per meglio comprendere questo passaggio, occorre fare ulteriori precisazioni.

In Francia le attività oggetto delle concessioni balneari sono considerate a tutti gli effetti servizio pubblico: *service public balneaire*. La configurazione in termini di servizio pubblico è espressamente riconosciuta dall'art. L2124-4 CG3P e dalla giurisprudenza amministrativa³⁷.

Anche la Dottrina ammette che l'uso in privativa del bene in deroga al principio dell'uso libero e gratuito non possa che avvenire in ordine a giu-

³⁵ L'art. L321-9 così recita «*Les concessions de plage sont accordées par priorité aux communes ou groupements de communes*».

³⁶ Nella prassi, si suole anche definire le concessioni attribuite agli enti locali come *concessions de premier rang*, mentre le sub concessioni affidate ai c.d. *plagistes* come *concessions de second rang*.

³⁷ Conseil d'Etat, 21 juin 2000, n. 212100 SARL Plage «chez Joseph».

stificazioni di servizio pubblico, sebbene non abbia mancato di avanzare dubbi circa la qualificazione in termini di servizio pubblico delle attività delegate ai subconcessionari – c.d. *plagistes* – a causa della loro natura più propriamente di «*activités de type commercial*»³⁸. Ciò nondimeno, l'orientamento dottrinale dominante riconosce come la giurisprudenza amministrativa abbia finito per attrarre queste ultime alla sfera del servizio pubblico per ragioni di semplificazione e di opportunità³⁹.

La configurazione delle attività concesse nei termini anzidetti comporta che le sub concessioni acquisiscano la valenza di vere e proprie *délégations de service public* ai sensi dell'art. L1411-1 CGCT – *Code général des collectivités territoriales*.

Queste rappresentano una particolare tipologia negoziale di affidamento a privati di un servizio pubblico tradizionalmente prevista dall'ordinamento francese, che oggi risulta pienamente equiparata alle concessioni di servizi di matrice comunitaria per effetto di una recente modifica all'art. L1121-3 CCP – *Code de la commande publique*⁴⁰.

Su questo punto si tornerà nel prosieguo, per il momento sia sufficiente considerare che la qualificazione giuridica appena descritta impone che l'individuazione dei *plagistes* avvenga inderogabilmente a seguito di procedura ad evidenza pubblica, sia che si proceda ad affidamento diretto – *in house* – sia che si proceda ad affidamento a terzi secondo i canoni generali dell'ordinamento comunitario⁴¹.

³⁸ Ch. LAVIALLE, *Délégation de service public et domanialité publique*, in *Droit administratif*, 1998, p. 4.

³⁹ J. MORAND-DEVILLER, *Les concessions de plages naturelles*, in *AJDA*, 2002, p. 484.

⁴⁰ Modifica introdotta dall'ordonnance 2018-1074 du 26 novembre 2018.

⁴¹ Ch. VAUTROT-SCHWARTZ, «*La publicité et la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale*, in *AJDA*, 2009, p. 568 «*ce n'est pas parce qu'ils emportent occupation du domaine d'une personne publique que le baux emphytéotiques administratifs, concessions de plage ou autres partenariat publics-privés sectoriels sont soumis à une procédure de passation réglementée; c'est uniquement parce que ils sont avant tout, et à titre principal, des contrats ayant pour objet de satisfaire aux besoins en travaux, en services, ou en fournitures de la personne publique et ce, par quelque moyen que ce soit – l'un étant l'occupation du domaine. Ils emportent occupation du domaine, mais cette occupation est l'accessoire d'autre chose: que l'on décuple l'occupation du montage envisagé, ce dernier demeurerait marché public ou concession*».

L'analisi della disciplina francese impone poi di soffermarsi su due ulteriori elementi fondamentali: la durata delle concessioni e la remunerazione delle stesse.

In ordine al primo elemento, la disciplina speciale in commento non si discosta dal principio generale della temporaneità dell'uso in privativa dei beni demaniali sancita dall'art. L2122-2 CG3P, secondo cui la durata non può che essere proporzionata all'ammortamento degli investimenti richiesti e a garantire una remunerazione equa e sufficiente dei capitali investiti. Tuttavia, per le concessioni in commento l'art. R2124-13 CG3P prevede che queste non possano comunque superare i dodici anni⁴².

In ordine al secondo elemento, il canone dovuto dai Comuni allo Stato per la concessione – o dai terzi in caso di non esercizio del diritto di preferenza –, prende le forme di una *redevance*, una speciale categoria di tributo prevista in generale dall'ordinamento francese, che ai sensi dell'art. L2125-3 CG3P deve tenere conto di tutti i vantaggi economici che derivano dal provvedimento in questione.

Sul punto la giurisprudenza ha affermato che questo debba essere determinato «*non seulement en fonction de la valeur locative d'une propriété comparable à la dépendance domaniale pour la quelle la permission est délivrée, mais aussi (...) en fonction de l'avantage spécifique procuré par cette jouissance privative du domaine*»⁴³.

Ciò ovviamente rileva esclusivamente nei rapporti tra lo Stato e i concessionari, mentre l'ammontare del canone previsto per i *plagistes* segue le regole proprie della concessione di servizi di matrice eurounitaria⁴⁴.

⁴² Peraltro, la disciplina previgente, di cui alla *loi du 3 janvier 1986 relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral* prevedeva una durata massima fissata in quindici anni per i Comuni, in soli cinque anni per i concessionari privati.

⁴³ CE, 21 mars 2003 *Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux*.

⁴⁴ Ciò non è stato tuttavia esente da critiche, F. STIFANI, Ph. LETIENNE, *Le concessions de plage. Entre rêve et réalité, le réveil et son arrière-goût de sable*, in www.actu-juridique.fr/administratif/urbanisme-construction, 2017, «*l'autorité concédante, en favorisant automatiquement les communes, permet à ces dernières de mettre à la charge des sous-concessionnaires le coût de l'entretien des plages, la surveillance de la baignade, le paiement de redevances et taxes, en contrepartie de l'occupation du domaine, de sorte que les exploitants leur apportent tout confort*».

Una volta descritta nelle sue connotazioni essenziali la disciplina francese in materia di concessioni di spiagge è possibile elevare l'analisi sul piano dogmatico al fine di meglio inquadrare le peculiarità anzi descritte. Con riferimento ai titoli di occupazione dei beni demaniali, anche l'ordinamento francese conosce la dicotomia tra autorizzazioni e concessioni: *autorisation d'occupation domaniale temporaire* – comunemente nota come *permission de voirie* – e *concession d'occupation domaniale* – comunemente nota come *concession de voirie*.

La differenza tra le due tipologie provvedimentali non risiede però sulla distinzione ranellettiana, che l'ordinamento francese disconosce, bensì sull'elemento dell'unilateralità.

Tradizionalmente la differenza tra i due istituti è individuata nella natura di atto unilaterale della prima, mentre la seconda è considerata a pieno titolo tra i contratti amministrativi – pubblici – in quanto realizza una convenzione – *accord* – tra l'amministrazione e l'utilizzatore in privata del bene. In effetti, assai frequentemente questa prende le forme di una concessione di servizio – pubblico – o di un partenariato pubblico privato⁴⁵.

Questa distinzione è ancora alla base della differenza tra i due istituti, sebbene la Dottrina abbia da tempo messo in evidenza una contaminazione tra le caratteristiche proprie dei due provvedimenti in ragione dell'evoluzione delle discipline speciali relative ad alcune autorizzazioni che impongono specifiche condizioni all'autorizzato che possono assumere anche a vere e proprie obbligazioni negoziali⁴⁶.

In quest'ottica, la distinzione in esame riflette la differenza richiamata in apertura tra logica dominicale e logica regolatoria.

Nel caso delle autorizzazioni, infatti, è evidente il prevalere della prima dal momento che la tutela del bene assume una posizione centrale nella costruzione del provvedimento unilaterale che non impone all'autorizzato particolari condizioni circa lo sfruttamento economico del bene se

⁴⁵ Y. GAUDEMET, *Droit administrative de biens*, Paris, LGDJ, 2014, p. 279.

⁴⁶ Y. GAUDEMET, *Droit administrative de biens*, Paris, LGDJ, 2014, p. 278 «cette conception stricte de l'autorisation domaniale a été abandonnée. La jurisprudence admet aujourd'hui que l'octroi de l'autorisation soit assujetti à des conditions variées édictées dans l'intérêt général et même à de véritables obligations de service public, en vue de la satisfaction des besoins des usagers de l'entreprise autorisée».

non quelle negative relative alla conservazione del bene – non arrecare nocumento⁴⁷.

All'opposto, nel caso delle concessioni la logica perseguita è la seconda in maniera assai spinta peraltro, dal momento che sono stabilite nel dettaglio le facoltà e le obbligazioni del privato in una prospettiva tipicamente negoziale. Il concessionario del bene in realtà è un vero e proprio partner dell'amministrazione nella prospettiva della normativa europea in materia di contratti pubblici: si è detto infatti che le concessioni di beni configurano un PPP o una concessione di servizi. Qui è del tutto evidente l'attenzione del legislatore e della giurisprudenza francese nei confronti della dimensione economico-finanziaria dell'attività che il privato è legittimato ad espletare per mezzo del bene pubblico.

5. Il confronto con gli ordinamenti esaminati

L'analisi comparativa permette di evidenziare elementi di comunanza e di differenziazione nelle soluzioni giuridiche adottate.

Per quanto concerne gli elementi di comunanza, tutti gli ordinamenti considerati presentano una disciplina in materia di utilizzo in privativa delle spiagge dotata di caratteri di forte specialità rispetto al generale assetto normativo previsto per i titoli abilitanti l'occupazione di un bene demaniale. In quest'ottica Spagna e Francia si sono ormai da tempo dotate di una disciplina organica ispirata ai principi europei, laddove l'Italia si trova nella condizione di dover riformare radicalmente un quadro normativo anacronistico ed inadeguato alla realtà degli attuali rapporti economici. Elevando il discorso sul piano dogmatico, tutti gli ordinamenti considerati sono accomunati da un'impostazione tradizionale fondata sulla dicotomia autorizzazione – concessione, messa in discussione dall'elaborazione dottrinale più recente, con conseguente erosione della linea di demarcazione tra i due istituti.

Questa evoluzione nell'impostazione teorica si caratterizza per due linee direttrici fondamentali, comuni agli ordinamenti analizzati.

Per un verso, si è assistito ad una progressiva traslazione del baricentro degli istituti dalla componente autoritativa – unilaterale, propria delle

⁴⁷ Sul punto vedi anche J. MORAND-DEVILLER, *Les concessions de plages naturelles*, cit., p. 486.

prime concettualizzazioni, verso un'esaltazione della dimensione comunitativa dei rapporti tra soggetto pubblico e soggetto privato. Ciò si è tradotto in una mutazione in senso più marcatamente contrattuale dei rapporti giuridici rilevanti. Questo vale sia per la concessione, ormai definitivamente attratta alla sfera del *negotium* dall'ordinamento comunitario, sia e soprattutto per l'autorizzazione che ha parimenti visto sbiadire in via progressiva gli originari tratti di atto imperativo con cui si consente il mero esercizio di un'attività economica.

Per altro, negli ordinamenti in esame si evince in vario grado un superamento della tradizionale dualità tra approccio dominicale, primariamente focalizzato a privilegiare la tutela del bene in sé considerato, e approccio regolatorio, volto invece a regolare gli aspetti salienti dell'attività economica sottesa all'utilizzo del bene. La tendenza riscontrata è certamente una progressiva centralità della seconda a discapito della prima, che pure mantiene inalterata la sua valenza per le ragioni di interesse pubblico sottese alla tutela del bene, ma che comunque non si pone affatto in contrasto con una prospettiva più spiccatamente regolatoria e non semplicemente possessoria.

Queste considerazioni di ordine generale incidono naturalmente anche sulle soluzioni adottate dagli ordinamenti in questione con specifico riferimento alle concessioni balneari, ancorché queste differiscano in concreto a seconda dell'ordinamento considerato.

Così, nell'ordinamento spagnolo, l'affidamento a terzi dei servizi balneari avviene sulla base di un'autorizzazione, a differenza dello sfruttamento in privativa dei beni demaniali per i quali il legislatore spagnolo ha preferito mantenere il titolo concessorio in ossequio all'impostazione tradizionale. Questo, tuttavia, rappresenta un esempio assai evidente di quanto sostenuto dalla Dottrina spagnola circa l'ibridazione del tradizionale concetto di autorizzazione – provvedimento con elementi negoziali, al punto da poter considerare l'autorizzazione all'esercizio di *servicios de temporada* una vera e propria tipologia contrattuale.

L'autorizzazione in questione non è infatti un mero titolo abilitativo, ma contiene delle precise condizioni – meglio forse dire obbligazioni – che il Comune in prima battuta assume nei confronti dello Stato – ma al di là di questo passaggio formale previsto dalla normativa analizzata, in sostanza del privato nei confronti del Comune nel cui territorio le spiag-

ge sono ubicate – che devono necessariamente trovare corrispondenza nel piano di gestione delle spiagge e nel piano finanziario. Queste si traducono dunque in prescrizioni e limiti al *servizio*.

Questa attività pianificatoria, non deve essere confusa con i piani di gestione della costa a cui siamo abituati nel nostro Paese: questi ultimi sono assai più vicini alla pianificazione urbanistica di quanto non siano invece i piani previsti dalla legislazione spagnola, che presentano semmai elementi di maggiore somiglianza con l'attività pianificatoria propria di un'operazione di partenariato, pur senza giungere ad un tale livello di complessità e di definizione, dal momento che questa è posta alla base della determinazione del tributo dovuto per l'autorizzazione.

All'opposto, l'ordinamento francese ha optato per una soluzione più radicale: esso ha mantenuto le concessioni di spiaggia nell'alveo tradizionale delle concessioni di beni, ma per via della qualificazione delle attività come servizio pubblico, esse sono state equiparate *sic et simpliciter* a delle vere e proprie concessioni di servizi di matrice comunitaria.

Qui la connotazione in termini negoziali della *concession de plage* è ovviamente *in re ipsa*. Ciò nondimeno va sottolineato come nel caso francese la dimensione regolatoria dell'operazione è esaltata al massimo grado, dal momento che il rapporto che si viene ad instaurare tra l'ente concessionario e il *délégitaire* richiede nelle fasi precedenti alla progettazione della gara quella serie di analisi preliminari tipiche del c.d. *ppp test*, nonché la definizione della matrice dei rischi, la determinazione del punto di equilibrio economico finanziario e così via; inoltre nella fase di esecuzione del contratto residuano in capo all'ente concedente tutti i poteri di controllo dell'attività del concessionario tipici dell'istituto della concessione di servizi di matrice europea.

Questi aspetti sono invece assenti nella disciplina italiana in vigore. La configurazione attuale del settore turistico - balneario impone dunque di verificare se le soluzioni appena descritte possano effettivamente essere prese come termine di paragone in una prospettiva *de jure condendo*.

Infine, sempre con riferimento alle discipline speciali in materia di spiagge, occorre rilevare come in punto di competenza amministrativa tutti e tre gli ordinamenti attribuiscono una funzione centrale ai Comuni.

Ciò nondimeno, anche in ragione della loro organicità, le soluzioni adottate dagli ordinamenti spagnolo e francese accentrano a livello statale

una fondamentale opera di uniformazione degli assetti locali, dal momento che i Comuni risultano almeno formalmente i destinatari principali dell'attività provvedimentale in analisi. In realtà, sul piano applicativo l'allocazione delle competenze sopra descritta produce l'effetto di rimettere allo Stato una funzione di "preventiva approvazione" delle scelte operate dalle amministrazioni locali e di conformazione *lato sensu* dei rapporti negoziali a valle.

All'opposto nel nostro ordinamento le funzioni sono in principio allocate agli enti locali, ma *de facto* queste restano al momento assai limitate sul piano applicativo, se pensiamo che i Comuni non possono stabilire né la dimensione economica dell'operazione, giacché i canoni sono determinati con d.m., né la dimensione industriale della stessa poiché con le ben note proroghe il Governo centrale ha di fatto cercato di impedire qualunque effettivo esercizio di discrezionalità da parte di questi.

Questa peculiarità dell'ordinamento nostrano rischia di mostrare delle gravi criticità. Nel caso in cui il legislatore nazionale non adotti una disciplina organica prima del termine esiziale stabilito dall'Adunanza plenaria per la totale disapplicazione della normativa in vigore e dunque la decadenza massiva delle concessioni in essere. Qui i Comuni si troverebbero allo sbaraglio. Parimenti nel caso in cui la riforma dovesse confermare l'odierna competenza dei Comuni senza guida e senza indicazioni precise su come procedere. Questo, tuttavia, è un problema che in questa sede ci si deve solo limitare a segnalare.

Quanto invece agli elementi di maggiore differenziazione, questi sono riconducibili alla durata del rapporto e alle modalità di determinazione del canone.

Rispetto alla durata del rapporto, entrambe le discipline spagnola e francese sono fedele espressione del "*principe de precariété*" dell'occupazione del bene demaniale. In entrambi i casi il legislatore prevede un limite massimo di durata degli affidamenti, operando *ex lege* un bilanciamento tra i principi di concorrenza e parità di trattamento, da un lato, le prescrizioni dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE e dell'art. 18 della direttiva 2014/23/UE, dall'altro.

Queste disposizioni impongono: la prima, che la durata dell'affidamento sia semplicemente adeguata, con ciò rimettendo agli enti autorizzanti un certo margine di discrezionalità in ordine all'applicazione del canone di

adeguatezza rispetto alle caratteristiche del caso concreto; la seconda, che la durata sia ancorata ad un dato oggettivo, vale a dire il tempo per il concessionario di rientrare dall'investimento⁴⁸. Per converso, la disciplina italiana sembra ispirata al principio opposto dell'irragionevole stabilità dei rapporti, per via prima dei rinnovi automatici, poi del diritto di insistenza, da ultimo delle ripetute proroghe generalizzate.

Rispetto alla determinazione del canone, entrambi gli ordinamenti stranieri analizzati assegnano alla dimensione economica dell'operazione un peso coerente con la finalità di garantire la "proficuità economica dell'assegnazione", parafrasando la nostra giurisprudenza contabile. Così in Spagna, dove l'imposta che il Comune paga allo Stato è parametrata proprio sulle attività da autorizzare e sulle prospettive di ritorno economico che queste sono in grado di generare. Così in Francia, nella determinazione dell'imposta che i Comuni versano allo Stato e, in misura ancora più netta, nei rapporti concessori a valle.

Diversamente, il nostro ordinamento prevede ancora una modalità di definizione del canone concessorio su parametri avulsi da qualunque analisi finanziaria, o anche più modestamente da un banale valore di mercato dei beni concessi⁴⁹.

6. ... e le prospettive di riforma nel nostro ordinamento

La disamina sin qui effettuata della disciplina nazionale in vigore relativa alle c.d. concessioni balneari e il raffronto con gli ordinamenti stranieri considerati, consentono a questo punto di svolgere alcune ulteriori considerazioni sulle prospettive di riforma.

⁴⁸ Con riferimento alla durata, il primo recita «l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico», il secondo stabilisce «per le concessioni ultra quinquennali, la durata massima della concessione non supera il periodo di tempo in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati nell'esecuzione dei lavori o dei servizi, insieme con un ritorno sul capitale investito tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici».

⁴⁹ Senza che ciò abbia sollevato particolari perplessità, in quanto «la regolazione economica delle concessioni demaniali non ha mai appassionato molto gli addetti ai lavori. Larga parte delle discussioni si sono concentrate sulle procedure giuridiche per l'assegnazione delle concessioni stesse», P. SPIRITO, *Criteri per la determinazione dei canoni demaniali e concessioni turistico ricreative*, in A. LUCARELLI, B. DE MARIA, M.C. GIRARDI (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime*, cit., p. 14.

Si è visto infatti che l'attuale disciplina italiana in materia risulta ormai non più adeguata a disciplinare efficacemente un settore economico che insiste, per richiamare le parole dell'Adunanza plenaria, su «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».

Posto che una riforma ad ampio spettro della normativa applicabile si palesa come non più procrastinabile, quale che sia l'impostazione che il futuro legislatore intenderà adottare, l'analisi sin qui condotta ci consente di evidenziare alcuni punti fermi, che rappresentano vincoli non derogabili all'esercizio di sovranità parlamentare.

Innanzitutto, è chiaro come la riforma del settore dovrà necessariamente sancire il definitivo passaggio dalla logica puramente dominicale, che caratterizza l'attuale quadro normativo, ad una logica funzionale, che non potrà più prescindere anche da elementi di regolazione economica⁵⁰. Questo aspetto non è semplicemente auspicabile, come sostenuto dall'Adunanza plenaria nelle sentenze gemelle, bensì imprescindibile in un'ottica di rispetto dei principi di concorrenza e parità di trattamento degli operatori economici, per cui il confronto concorrenziale non potrebbe prescindere da elementi di valutazione economica, ma anche dai principi pretori della giurisprudenza amministrativa prima esaminati⁵¹. Inoltre, un'analisi prospettica delle linee evolutive della materia non può che partire dal diritto europeo e dalla posizione assunta dalla giurisprudenza europea ed italiana, sempre nell'ottica di stabilire quantomeno le coordinate essenziali del possibile spazio di riforma.

⁵⁰ Senza trascurare però «meccanismi di clausola sociale a tutela dei lavoratori del settore, già troppo spesso sacrificati sull'altare della stagionalità del lavoro» come giustamente osservato da B. CARAVITA, G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. una prospettiva di riforma* cit., p. 20.

⁵¹ Le Adunanze plenarie gemelle nn. 17 e 18 affermano che «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».

In questa prospettiva il punto di partenza è rappresentato dalla lettura combinata dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE e del considerando 15 della direttiva 2014/23/UE.

Del primo si è già detto. Esso è posto alla base dell'attrazione della concessione balneare nostrana al lato concetto di autorizzazione promosso dalla direttiva servizi a ragione della posizione espressa dalla Corte di giustizia nella sentenza *Promoimpresa* prima, e dall'Adunanza plenaria con le sentenze gemelle del 2021 poi.

Il secondo prevede, invece, che gli accordi aventi ad oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, esulano dall'applicazione della direttiva qualora la p.a. si limiti a fissare «unicamente le condizioni generali d'uso senza acquisire lavori o servizi specifici».

La non immediata applicabilità della concessione europea alle attuali concessioni balneari è del resto confermata dallo stesso arresto *Promoimpresa*. Questo individua quale elemento di discriminazione tra le due fattispecie proprio le concrete modalità di espletamento delle attività connesse allo sfruttamento in privativa del bene. Riprendendo il concetto espresso dal citato considerando, la Corte di giustizia chiarisce infatti che poiché le concessioni balneari oggi fissano «unicamente le condizioni generali d'uso senza acquisire lavori o servizi specifici, non dovrebbero configurarsi come concessioni ai sensi della presente direttiva»⁵².

Il diritto europeo non esclude perciò in radice la facoltà per gli Stati membri di ricorrere allo strumento della concessione europea in materia, ma individua chiaramente un'alternativa di fondo: o si opta per la concessione europea e allora occorre rispettare tutte le prescrizioni della direttiva 2014/23/UE, come in Francia, o si opta per uno strumento autorizzatorio al di là del *nomen juris*, e allora occorre approntare una disciplina nazionale in linea con i principi della direttiva *Bolkestein*, come in Spagna.

Questa seconda ipotesi ha i vantaggi di essere soggetta ad una normativa europea derivata meno stringente, che lascia dunque maggiori margini di discrezionalità agli Stati membri ogni qualvolta questi si limitino ad

⁵² CGUE, cause riunite C-458/14 e C-67/15 *Promoimpresa*, §47.

attribuire alle amministrazioni poteri di regolazione delle attività economiche sottese allo sfruttamento del bene che non assumono le specifiche connotazioni di una vera e propria *partnership* con il privato.

Ulteriori restrizioni alle possibilità di riforma del settore derivano poi dai consolidati principi giurisprudenziali che abbiamo avuto modo di descrivere in precedenza.

Così sempre nell'ottica regolatoria, è chiaro che la nuova "concessione" balneare non potrà più godere di quella esenzione dall'applicazione dei principi dell'evidenza pubblica che pure era stata affermata dalla richiamata giurisprudenza per le concessioni di beni in generale e che oggi non può essere più messa in discussione alla luce delle sentenze gemelle. Va da sé che in caso di ricorso alla concessione di servizi, si avrà una sottoposizione all'intero *corpus* normativo in materia di contratti pubblici, al contrario in caso di strumento autorizzatorio sarà sufficiente il rispetto degli anzidetti principi.

Inoltre, il nuovo strumento non potrà sfuggire ad una connotazione di tipo negoziale. Del resto, la concezione puramente contrattuale che si è da ultimo imposta nella dottrina dominante non si pone necessariamente in contrasto con le esigenze di protezione dell'interesse pubblico di cui è portatrice la p.a. concedente, che bene possono essere rappresentate da specifiche obbligazioni contrattuali⁵³.

Un ultimo vincolo allo spazio di riforma è poi rappresentato dalle prescrizioni europee in tema di durata degli affidamenti sopra illustrate. In presenza o meno di una durata massima prevista dal legislatore della riforma, la durata specifica dei futuri rapporti non potrà che essere soggetta ad un criterio di proporzionalità rispetto agli investimenti richiesti al privato o, in mancanza, rispetto ai livelli di concorrenzialità del mercato rilevante⁵⁴. Certo, è da escludere *in nuce* la compatibilità con

⁵³ A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.*, 4, 2012, p. 567.

⁵⁴ In senso conforme si è espressa anche l'Adunanza plenaria, ritenendo che «la durata andrebbe commisurata al valore della concessione e alla sua complessità organizzativa e non dovrebbe eccedere il periodo di tempo ragionevolmente necessario al recupero degli investimenti, insieme ad una remunerazione del capitale investito o, per converso, laddove ciò determini una durata eccessiva, si potrà prevedere una scadenza anticipata ponendo a base d'asta il valore, al momento della gara, degli investimenti già effettuati dal concessionario».

il diritto europeo di prescrizioni normative concernenti durate abnormi, generali ed inderogabili da parte degli enti locali, che avrebbero vita dura e, soprattutto, breve. La complessità delle analisi propedeutiche alla definizione di tale aspetto dipenderà poi nella prospettiva europea dal tipo di istituto prescelto.

Stanti le limitazioni appena descritte si è dunque di fronte ad una duplice prospettiva, in conformità agli istituti consentiti dal diritto dell'Unione. Nel caso si opti per una piena equiparazione tra l'attuale concessione balneare e la concessione europea, troverà applicazione *in toto* la direttiva in materia e i principi pretori che sul punto si sono oramai consolidati, per cui ben poco resta da aggiungere rispetto alle ampie riflessioni che sono state elaborate sull'istituto.

Se in linea teorica la soluzione francese appare non solo consentita dall'ordinamento sovranazionale ma anche astrattamente applicabile nel nostro ordinamento, sul piano applicativo questa soluzione appare irta di complicazioni.

In primo luogo, è possibile ricorrere allo strumento concessorio europeo nel caso in cui il "servizio balneare" venga attratto alla titolarità dell'amministrazione concedente, vale a dire parafrasando la lettera della direttiva n. 23, che il servizio sia "acquisito" dall'amministrazione.

Ciò nel nostro ordinamento al momento appare difficilmente sostenibile. A differenza dei colleghi d'oltralpe e a parte qualche isolato episodio, i giudici amministrativi italiani non sono mai giunti a configurare i "servizi balneari" quali veri e propri servizi pubblici, lasciando semmai tali attività nel novero delle attività economiche private, per cui mai la giurisprudenza amministrativa ha posto in capo alle amministrazioni concedenti un obbligo di definizione puntuale dei livelli delle prestazioni da rivolgere all'utenza. Né tantomeno la giurisprudenza ha mai configurato il rapporto tra il concessionario e i bagnanti quale rapporto di utenza⁵⁵.

Inoltre, un'applicazione della concessione di servizi europea *ex abrupto* al settore è nei fatti pressoché impossibile, almeno nel breve periodo, in ragione dell'assoluta insufficienza dei dati attualmente a disposizione

⁵⁵ Nel senso della qualificazione in termini di servizio pubblico Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2016, n. 5193.

degli enti locali, essenziali per poter adeguatamente progettare le gare per l'affidamento in concessione dei servizi balneari.

All'opposto una soluzione che introduca uno strumento di tipo autorizzatorio, che si limiti a fissare unicamente le condizioni d'uso del bene, appare preferibile sia perché consente un maggiore grado di flessibilità rispetto alle rigide prescrizioni europee in materia di concessione, sia perché lascerebbe maggiore spazio per l'elaborazione di una disciplina speciale in materia anche rispetto alla tradizionale concessione di bene pubblico. Il ricorso allo strumento autorizzatorio in luogo della più tradizionale concessione di bene pubblico presenta inoltre il vantaggio di escludere lo strumento in esame dal perimetro della concessione amministrativa, come sopra evidenziato. Nulla lascia presagire infatti che, in una prospettiva evolutiva, la concessione di bene pubblico non finisca per essere un domani equiparata a pieno titolo alla concessione europea. Come si è tentato di dimostrare nel corso della presente trattazione, invero, la concessione europea si è imposta oggi come archetipo della concessione amministrativa, che già nel nostro ordinamento è stata oggetto di un'evoluzione parallela, tanto sotto il profilo teorico quanto sotto il profilo giurisprudenziale, a quella della concessione di servizi.

Il confronto con gli orientamenti stranieri considerati induce allora a ritenere auspicabile l'introduzione di una disciplina speciale in materia, in ragione delle peculiarità del settore in esame sotto il profilo economico ed industriale. Da questo punto di vista, la soluzione adottata dall'ordinamento spagnolo può fornire certamente un utile spunto di riflessione, senza tuttavia propugnare un recepimento *sic et simpliciter* dell'istituto iberico. È possibile dunque concentrare lo sforzo ricostruttivo nei confronti di uno strumento autorizzatorio di matrice convenzionale che consenta alle amministrazioni di mantenere intatte le funzioni regolatorie volte a garantire al contempo adeguati livelli di protezione del bene e una coerente configurazione economica dei benefici derivanti dallo sfruttamento imprenditoriale del bene dato in privata.

A tal proposito, muovendo l'analisi dai modelli contrattuali di diritto privato⁵⁶ occorre subito escludere la piana equiparazione dello strumen-

⁵⁶ R. CARANTA, *Concessioni di beni e regola della gara*, in *Urb. e app.* 3, 2005, p. 334. In effetti, quando l'amministrazione concede un qualche cosa di sua spettanza a fronte dell'assunzione

to in questione con la fattispecie tipizzata della locazione, ritenuta da dottrina e giurisprudenza non adeguata a tutelare le esigenze regolatorie di cui sopra⁵⁷.

Diverso è il caso del contratto, non tipizzato, della licenza d'uso, particolarmente in auge nei rapporti di diritto comune per costituire diritti obbligazionari di sfruttamento di un bene senza che ciò incida sull'assetto proprietario di questi.

Nella prospettiva che qui preme si ritiene possibile ipotizzare il ricorso ad una nuova tipologia di *contrat administratif*, per usare l'espressione francese, quale evoluzione in chiave moderna del concetto di licenza, che pure si è detto descrive tradizionalmente una tipologia provvedimentale affine all'autorizzazione.

La licenza d'uso di bene demaniale richiama solo apparentemente l'istituto della "concessione per licenza" di cui al regolamento attuativo del codice della navigazione. A differenza di questo, infatti, il nuovo istituto perde le connotazioni più marcatamente provvedimentali come atto che elimina una barriera all'esercizio delle facoltà del licenziato, ma assume

di certi obblighi, è del tutto normale pensare a modelli contrattuali e privatistici, sia in materia di diritti di godimento su beni pubblici, che di servizi ed opere pubbliche».

⁵⁷ Secondo F. ARMENTANTE, *La non disciplina delle concessioni demaniali: dall'abrogazione dell'innaturale diritto di insistenza alle plurime e sistematiche proroghe comunitarie*, in *Riv. giur. edilizia*, 2, 2020, p. 274, è opinione diffusa in Dottrina come «la concessione di beni pubblici, a differenza della locazione, veda la P.A. concedente in una posizione di supremazia nei confronti del privato, in funzione del perseguimento dell'interesse pubblico sotteso. Tanto rende oltremodo discutibile l'improprio utilizzo del modello privatistico del contratto di locazione per la gestione dei beni, in luogo di quello obbligatorio e maggiormente garantista (per gli interessi pubblici sottesi) della concessione». Su posizioni similari la giurisprudenza della Cassazione, *ex plurimis* Cass. Civ., sez. III, 22 giugno 2004, n. 11608, secondo cui «i beni del patrimonio indisponibile possono essere trasferiti nella disponibilità dei privati perché ne facciano determinati usi solo mediante concessione amministrativa che normalmente assume la forma di concessione-contratto, costituita da un atto deliberativo dell'ente e da una convenzione attuativa (contratto, capitolato, disciplinare), cosicché i privati hanno un mero diritto affievolito che può essere soppresso dall'ente con la revoca della concessione per contrasto con il prevalente interesse pubblico o risolto unilateralmente per inadempimento del concessionario». In Dottrina, M. CERUTI, *L'istituto euro-unitario della concessione e la fine della dicotomia fra autorizzazione e concessione (Parte II)*, cit., p. 14 «al riguardo la giurisprudenza della Corte di cassazione è costante nell'affermare che, a prescindere dalla qualificazione giuridica attribuita dalle parti o dalla Pubblica Amministrazione al rapporto posto in essere, la natura demaniale o patrimoniale indisponibile dell'immobile implica l'esistenza di una concessione amministrativa, mentre il rapporto avente ad oggetto il godimento di un bene immobile compreso nel patrimonio disponibile si configura quale locazione».

appunto una valenza negoziale in qualità di strumento di regolazione delle facoltà del licenziato per tutta la durata del rapporto.

Il nuovo istituto applicato all'attuale materia delle concessioni balneari consentirebbe dunque di introdurre una nuova tipologia di contratto – ad oggetto – pubblico che esula dall'applicazione della normativa in materia di contratti pubblici di derivazione europea, perché non rientra nella definizione di appalto di servizi delle direttive del 2014 né nel concetto di concessione europea nei termini anzidetti.

La licenza d'uso di bene demaniale verrebbe così a configurarsi, al pari del suo corrispondente contratto privato e come unico elemento di comunanza, come un contratto la cui causa è la messa nella disponibilità dell'altra parte di un bene demaniale alle condizioni specificamente dedotte in contratto, che rappresentano i limiti negativi della facoltà di godimento del bene imposti dall'amministrazione competente – in negativo – e al contempo le prestazioni che il privato è obbligato ad adempiere – in positivo.

In questo modo, la p.a. continuerebbe a mantenere una posizione di preminenza rispetto alla controparte privata in ragione dell'interesse pubblico di cui è portatrice. Tale preminenza non è sancita, come ai tempi di Ranelletti, dalla precarietà della posizione del privato a fronte delle determinazioni ulteriori assunte dall'amministrazione in costanza di rapporto, ma dai principi propri dell'evidenza pubblica. La preminenza della posizione dell'amministrazione si esplica dunque tanto nella configurazione degli elementi posti alla base del successivo confronto concorrenziale, quanto nella predisposizione di necessari elementi di flessibilità del clausolario contrattuale, così come avviene del resto per i contratti pubblici in generale.

Questa impostazione preserva, da un lato, le esigenze di protezione dell'interesse pubblico e, dall'altro, la certezza del diritto e il principio di concorrenza, poiché attraverso la predeterminazione in sede di gara dei contenuti della licenza d'uso il contraente privato è messo nella condizione di conoscere in anticipo quali saranno le sue obbligazioni e, correlativamente, le facoltà dell'amministrazione.

Alla luce dei principi giurisprudenziali sopra descritti, l'affidamento di un contratto di licenza d'uso di bene demaniale avverrebbe solo a seguito di confronto concorrenziale. Esulando dall'applicazione dei rigidi mec-

canismi del codice dei contratti pubblici, l'amministrazione precedente potrebbe optare per una immodificabile predeterminazione degli usi consentiti, configurando perciò il confronto come una semplice asta al rialzo rispetto al corrispettivo per la licenza. In alternativa, il confronto potrebbe fondarsi anche su proposte progettuali di gestione del bene, privilegiando le proposte che ottimizzano nella visione della p.a. le esigenze di protezione – anche ambientale – del bene, associate al meccanismo al rialzo appena descritto.

In entrambi i casi, un elemento di criticità è rappresentato dalla valorizzazione degli investimenti realizzati dagli odierni concessionari e non ancora ammortizzati al momento dell'indizione della gara. A tal proposito, l'amministrazione precedente dovrebbe essere in grado di effettuare un complesso bilanciamento tra due opposte esigenze: da un lato, garantire un adeguato livello di protezione dell'affidamento degli attuali concessionari, dall'altro evitare l'insorgere di barriere all'ingresso al mercato da parte di nuovi operatori.

La questione è stata in parte affrontata dalle sentenze gemelle, le quali tuttavia si sono limitate a segnalare *en passant* che l'indizione di una gara dovrebbe «ove ne ricorrano i presupposti, essere supportata dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti» purché questo «non si traduca in un'asimmetria a favore dei soggetti che già operano sul mercato», vale a dire i gestori uscenti⁵⁸.

In effetti detta questione appare tutt'altro che di facile soluzione in ragione di due fattori principali: a) la assai prevedibile carenza di dati relativi agli investimenti operati dagli attuali gestori; b) la scelta del metodo di determinazione del valore residuale di questi.

In ordine al primo punto, la più volte asserita vetustà del quadro normativo di riferimento ha determinato l'assenza di un obbligo in capo ai concessionari di sottoporre un programma degli investimenti alla previa

⁵⁸ Come osservato da M. CALABRÒ, *Concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo e acquisizione al patrimonio dello stato delle opere non amovibili: una riforma necessaria*, in *Dir. e Soc.*, 3, 2021, p. 443, il problema sorge dalla mancata previsione all'art. 49 cod. nav. di un'ipotesi di indennizzo per il trasferimento allo Stato delle opere inamovibili realizzate dal concessionario durante il periodo di affidamento del bene. Ciò introduce pertanto, un'ipotesi derogatoria rispetto al meccanismo dell'accessione previsto all'art. 934 c.c.

accettazione delle autorità concedenti e correlativamente un controllo da parte di queste ultime circa la conformità degli interventi realizzati a quanto programmato. Mancano, in altri termini, proprio quei piani di gestione che abbiamo visto ricorrere nelle discipline spagnola e francese e che sono alla base di qualunque valutazione di ordine finanziario quale quella in esame. Inoltre, non è da sottovalutare che l'attuale conformazione dei gestori, che vede la presenza prevalente di micro e piccole imprese, non consente di ricavare dati economici certi proprio in ragione della contabilità "semplificata" di queste imprese, che potrebbero non disporre di libri cespiti e di bilanci in grado di supportare queste complesse valutazioni.

In ordine al secondo punto, l'esperienza maturata in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica insegna che la determinazione del c.d. valore di subentro è una delle questioni che ha determinato maggiore contenzioso nel momento in cui il legislatore, anche sulla spinta della disciplina europea, ha imposto il passaggio alla gara quale metodo di individuazione del gestore. Nel caso dei servizi pubblici locali, la determinazione del valore residuo ha evidenziato un forte conflitto in relazione alla metodologia di calcolo – tra valore industriale residuo e valore netto contabile – che si è risolto in due soluzioni alternative: o con un intervento diretto del legislatore, si pensi ad esempio all'art. 14 del d.lgs. n. 164/2000 relativo alla distribuzione del gas naturale; o imponendo di inserire nel contratto con il gestore precise obbligazioni in tal senso, si pensi ancora all'art. 151 del d.lgs. n. 152/2006 relativo al servizio idrico integrato, con la precisazione tuttavia che questo metodo per divenire efficace ha richiesto l'intervento dell'Autorità di regolazione nazionale.

Certo, gli esempi appena riportati hanno come scopo esclusivo quello di prefigurare le difficoltà della transizione al nuovo regime che anche il settore in esame si troverà ad affrontare, sebbene le fattispecie da ultimo considerate non siano paragonabili *sic et simpliciter* al caso di cui ci occupiamo per complessità delle valutazioni, per l'ammontare medio del valore di subentro e soprattutto per la diversa qualità dei dati economici a disposizione.

Proprio la scarsa qualità dei dati economici a disposizione nel settore in esame, lascia presagire che nel caso in cui il gestore uscente rivendichi

la tutela degli investimenti effettuati, gli enti locali non potranno che procedere a delle stime di tali valori, eventualmente affidando queste a perizie da parte di soggetti terzi rispetto alle parti coinvolte. Il che non giova a diminuire i timori di una accesa conflittualità.

Al di là degli elementi che compongono il confronto competitivo, in conclusione, l'ipotesi che si è in procinto di avanzare si caratterizza per il fatto che l'amministrazione non richiede al privato di "acquisire" un servizio, come nella concessione europea, ma si limita ad autorizzare determinati usi del bene demaniale, tenendo conto delle caratteristiche del medesimo e del costo opportunità derivante dalla mancata fruizione collettiva.