

MARCO CALABRÒ

CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME
AVENTI FINALITÀ TURISTICO-RICREATIVA
E DIRITTO EUROPEO DELLA CONCORRENZA

SOMMARIO: 1. Premessa. Specificità delle concessioni demaniali marittime aventi finalità turistico-ricreativa. – 2. La scelta del concessionario ai sensi della disciplina del Codice della Navigazione e del relativo Regolamento. – 3. L’erosione dei margini di discrezionalità ad opera della giurisprudenza. – 4. Il regime originario in ipotesi di rinnovo e il cd. diritto di insistenza. – 5. *Segue*: un primo passo verso l’adeguamento della disciplina ai principi europei: l’abrogazione del c. 2, cpv. 2, dell’art. 37 Cod. Nav. – 6. L’incompatibilità della conferma del regime del rinnovo automatico con la volontà di conformare la disciplina di settore ai canoni europei. – 7. L’“ultimo atto”: l’eliminazione dell’istituto del rinnovo automatico e il (prospettato) riordino della legislazione statale relativa alle concessioni demaniali marittime.

**1. Premessa. Specificità delle concessioni demaniali marittime
aventi finalità turistico-ricreativa**

Il rilascio di concessioni relative all’utilizzo esclusivo di aree appartenenti al demanio marittimo investe il più ampio tema del rapporto esistente tra godimento collettivo dei beni pubblici e loro sfruttamento economico, nella misura in cui, ormai da tempo, si ritiene che – a fronte di determinati presupposti – usi cd. “speciali” di un bene pubblico, che ne limitino o condizionino, in via temporanea, la fruizione collettiva, risultano in linea generale compatibili con la sua destinazione pubblica¹. La tendenza verso tale approccio di tipo dinamico – distante dalla tradizionale dimensione statica consistente nella mera tutela e fruizione passiva del bene pubblico – emerge

¹ Sul tema si rinvia, tra gli altri, a M.S. Giannini, *I beni pubblici*, Roma, Bulzoni, 1963; V. Cerulli Irelli, *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni*, in *Annuario AIPDA*, 2003, Milano, 2004, 24 ss.; M. Renna, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 2004; G. De Giorgi Cezzi, *Le concessioni di beni pubblici e il processo di privatizzazione*, in *Ius publicum*, 2011.

con evidenza proprio in ordine alle modalità di utilizzo e valorizzazione dei beni del demanio marittimo, ed in particolare in relazione alle aree demaniali costiere, naturalmente sfruttabili per la realizzazione di attività turistico-ricreative². Ciò, è evidente, assume un peculiare rilievo in un contesto come quello italiano, nell'ambito della cui economia la voce «turismo» ricopre una posizione di indubbia rilevanza, e connotato dalla presenza di vasti tratti di costa potenzialmente sfruttabili da parte di soggetti privati interessati ad investire nel settore³. I considerevoli interessi economici (pubblici e privati) sottesi alla tematica in questione, in uno con il delicato equilibrio da individuare tra sfruttamento e tutela delle aree coinvolte, hanno spinto il legislatore ad intervenire più volte al fine di regolare al meglio gli usi del demanio marittimo, fino alle più recenti modifiche, le quali, è possibile sin d'ora anticipare, non rappresentano che un passaggio in attesa di una più ampia e completa rivisitazione dell'intera disciplina del rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico-ricreativa.

Prima di esaminare nello specifico il procedimento di rilascio, appare opportuno inquadrare le concessioni demaniali marittime nell'ambito della più ampia categoria delle concessioni amministrative⁴. In particolare, per quanto maggiormente rileva in questa sede, è discusso se i provvedimenti in

² Su tale aspetto si rinvia alle osservazioni di F.G. Scoca, *Relazione introduttiva*, in Aa.Vv., *La gestione del demanio marittimo. Dallo Stato, alle Regioni, ai Comuni*, Milano, Giuffrè, 2002, 15 ss.; L. Ancis, *Tendenze evolutive delle concessioni turistico-ricreative sul demanio marittimo*, in *Dir. trasp.*, 2006, 157 ss.; F. Di Lascio, *Concessione di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, in *Foro amm TAR*, 2009, 3, 787 ss.

³ «In altre parole la funzione del bene demaniale da finale diventava strumentale [...] cioè bene produttivo, ossia capace di produrre un vantaggio economico al suo titolare e, attraverso questo vantaggio economico, un vantaggio per l'intera collettività» (F. Benvenuti, *Il demanio marittimo tra passato e futuro*, in *Riv. dir. nav.*, 1965, 155).

⁴ Non può essere questa, evidentemente, la sede per ricostruire la complessa e contestata nozione di concessione amministrativa, oscillante tra una visione privatistica, che ha portato alla teorizzazione della figura delle c.d. concessioni-contratto, ed una visione più spiccatamente pubblicistica, con la quale si valorizza il "momento autoritativo", consistente nella imposizione di un determinato assetto degli interessi come conseguenza di una scelta che si presuma la più idonea a soddisfare l'interesse pubblico, rispetto a quello consensualistico. Sul tema si rinvia, *ex multis*, a U. Forti, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Studi di diritto pubblico*, I, Roma, Soc. ed. del Foro Italiano, 1937, I, 359 ss.; V. Caianiello, *Concessioni (Diritto amministrativo)*, in *Noviss. Dig. It., App.*, II, Torino, 1980, 234 ss.; M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli 1981; O. Ranalletti, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1984, IV, 7 ss.; D. Sorace, C. Marzuoli, *Concessioni amministrative*, (voce) in *Dig. disc. pubbl.*, IV, 1989, 280 ss.; F. Ledda, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Foro amm.*, 1997, 1273 ss.

questione debbano essere ricondotti al novero delle concessioni di beni o di servizi. Come si avrà modo di chiarire meglio *infra*, a parere della Commissione europea (cfr. procedura di infrazione n. 2008/4908) al rilascio di concessioni aventi finalità turistico-ricreative dovrebbe applicarsi la direttiva 2006/123/CE (cd. Direttiva servizi), in quanto il godimento del bene pubblico risulterebbe del tutto strumentale all'esercizio di servizi pubblici turistici da parte del privato concessionario. Da ciò conseguirebbe, pertanto, la necessità di porre in essere una procedura di selezione tra i candidati potenziali che garantisca il rispetto dei principi dell'evidenza pubblica, anche attraverso l'adeguata pubblicità dell'avvio del procedimento. Al riguardo si è, invero, osservato che la riconducibilità della fattispecie in esame al modello della concessione di servizi pubblici non è poi così pacifica, «ove si ponga l'accento non sull'attività che attraverso l'uso del bene pubblico viene esercitata, ma solo sul godimento esclusivo del bene»⁵. La circostanza che l'attività posta in essere dal concessionario debba in qualche modo rispondere al perseguimento di un interesse pubblico non può considerarsi elemento sufficiente a trasformare in mero "strumento" l'oggetto vero e proprio della concessione, che, ai sensi della normativa, è rappresentato dall'occupazione e dall'uso, anche esclusivo, di un'area demaniale (cfr. art. 36 cod. nav.).

In effetti, a ben vedere, l'ambito di applicazione della Direttiva Servizi è limitato ai soli servizi pubblici, a quelle attività, cioè, che gli Stati o gli enti territoriali delegano a loro partecipate o a soggetti privati affinché svolgano servizi diretti a favore della collettività, che essi non possono (o scelgono di non) svolgere. Essa, quindi, non appare idonea a disciplinare la fattispecie in esame, nella misura in cui alle imprese balneari è invece concesso l'utilizzo di un'area demaniale al fine di offrire servizi "privati", sebbene aventi innegabili riflessi (indiretti) su numerosi interesse pubblici. Con ciò, ovviamente, non si intende sostenere che la procedura di rilascio delle concessioni in esame sia esentata *tout court* dal rispetto delle regole e dei principi comunitari posti a tutela della concorrenza. Come chiarito ormai da tempo anche dalla giurisprudenza⁶, esigenze di adeguata pubblicità e di idonee forme concorrenziali sono proprie anche delle concessioni di beni pubblici, allorché l'uso del bene si riveli strumentale all'esercizio di un'attività di impresa. Del resto, ma su tale profilo ci si soffermerà più approfonditamente

⁵ M. D'Orsogna, *Le concessioni demaniali marittime nel prisma della concorrenza: un nodo ancora irrisolto*, in *Urb. e app.*, 2011, 5, 600. Sul punto cfr. anche G. Marchegiani, *Le concessioni demaniali marittime a finalità turistico-ricreative*, in www.giustamm.it, 6/2011.

⁶ Cfr. Cons. St., sez. V, 19 giugno 2009, n. 4035, in *Foro amm.*- CDS, 2010, 1463.

infra, è stato efficacemente osservato che «dalla scelta dell'unico o limitato numero di concessionari, adottata in via discrezionale, potrebbero derivare almeno due rilevanti distorsioni alla concorrenza: quella dell'accesso al mercato e quella della posizione privilegiata delle imprese concessionarie»⁷.

Ciò premesso, al fine di delimitare il campo di indagine della presente analisi, deve specificarsi che – ai sensi dell'art. 01, d.l. 5 ottobre 1993, n. 400 – sono da intendersi concessioni aventi finalità turistico-ricreativa⁸ quelle concernenti le seguenti attività: a) gestione di stabilimenti balneari; b) esercizi di ristorazione e somministrazione di bevande, cibi precotti e generi di monopolio; c) noleggio di imbarcazioni e natanti in genere; d) gestione di strutture ricettive ed attività ricreative e sportive; e) esercizi commerciali; f) servizi di altra natura e conduzione di strutture ad uso abitativo, compatibilmente con le esigenze di utilizzazione di cui alle precedenti categorie di utilizzazione. Come si vedrà, la disciplina relativa al rilascio di tali concessioni è rappresentata in linea generale dalla medesima prevista per le altre concessioni di beni demaniali marittimi – contemplata dal codice della navigazione e dal relativo regolamento di attuazione – sebbene non manchino aspetti regolatori peculiari, alcuni dei quali sono stati oggetto di recenti interventi da parte del legislatore statale.

2. La scelta del concessionario ai sensi della disciplina del Codice della Navigazione e del relativo Regolamento

Il Codice della Navigazione (art. 36, c. 1) riconosce all'amministrazione la facoltà di concedere l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di aree demaniali per un determinato periodo di tempo, ove ciò risulti compatibile con le esigenze del pubblico uso. Appare sin d'ora evidente come l'amministrazione sia in tal caso dotata di ampio margine di discrezionalità, sia nel valutare l'opportunità o meno di permettere ad un soggetto privato di sfruttare economicamente in via esclusiva un bene demaniale⁹, sia, poi, nel veri-

⁷ E. Santoro, *Concessione di beni pubblici e procedure di evidenza pubblica con riferimento ai protti turistici*, in *Foro amm-CDS*, 2005, 2388. Sul punto v. anche M. D'Alberti, *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 347 ss.

⁸ In ordine al tentativo operato dalla giurisprudenza di addivenire ad una definizione delle concessioni aventi finalità turistico-ricreativa si rinvia, da ultimo, a Tar Campania, Salerno, sez. I, 27 settembre 2011, n. 1582, in *Foro amm. TAR*, 2011, 9, 2834.

⁹ Deve sottolinearsi che la giurisprudenza appare ancora ferma nel sostenere l'eccezionalità dell'utilizzazione dei beni del demanio marittimo per finalità differenti da quella, istituzionale, dell'uso pubblico. Sul punto la recente pronuncia del Tar Campania, Napoli, sez.