

Concessioni del demanio marittimo ad usi diversi da quello turistico-ricreativo e nullità della proroga.

Considerazioni a seguito delle sentenze del Consiglio di Stato Adunanza Plenaria 9 novembre 2021 nn. 17 e 18 ()*

Introduzione

Le sentenze della Adunanza Plenaria nn. 17 e 18 del 2022 hanno segnato una svolta definitiva e dettato all'Amministrazione (ma implicitamente anche al legislatore) i termini e i tempi vincolanti di una inevitabile riforma della materia delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo, nel segno della apertura al mercato.

Scopo del presente breve intervento è indagare la latitudine applicativa di tali sentenze, in riferimento alle concessioni demaniali marittime destinate a uso diverso da quello turistico-ricreativo.

Ci si chiede insomma cosa si deve intendere per uso turistico-ricreativo dei beni demaniali marittimi e se la sanzione della nullità si applica a tutte le concessioni prorogate dalla normativa nazionale e solo a quella parte di esse, certamente la più importante, che è connotata da tale uso.

La questione riguarda una casistica variegata di fattispecie, diverse dal fenomeno economico centrale dell'uso balneare delle spiagge, ma non è astratta né formale, giacché il novero dei beni appartenenti al demanio marittimo, in particolare le spiagge, è per sua natura mobile dal lato per di dir così in entrata (la qualifica si acquisisce per il solo fatto che un bene risponda in un determinato momento a determinate caratteristiche indicate dalla legge), ma rigido in uscita (la qualifica si perde solo a seguito di un procedimento ad hoc).

Lo *status* di bene demaniale marittimo include quindi non di rado beni dichiaratamente costieri che non si prestano a un uso balneare, ma si prestano e sono dati in concessione per usi economici o commerciali diversi.

Per tale ampia, quanto variegata, casistica di beni del demanio marittimo, suscettibili di uso economico privato che per brevità possiamo definire "non balneare", la proroga generalizzata voluta dal legislatore a nostro avviso (come vedremo) non è incisa dalla declaratoria di nullità disposta dalle sentenze della Adunanza Plenaria.

1. Il tema esaminato dalle sentenze nn. 17 e 18 del Consiglio di Stato Adunanza Plenaria del 9 novembre 2021

Le due sentenze hanno dato soluzione definitiva a un dibattito in corso da anni, che ha registrato, come noto, da un lato gli interventi della Corte di Giustizia Europea sez. V del 14 luglio 2016 e di molti giudici nazionali (Consiglio di Stato a sezioni semplici, diversi TAR e perfino la Cassazione penale), dall'altro diverse procedure di infrazione contro l'Italia avviate dalla Commissione Europea (n. 2008/4908 e n. 2010/2734).

Il tema è quello della validità delle proroghe delle concessioni demaniali marittime fluviali e lacuali (per brevità in prosieguo non ripeteremo le ultime due aggettivazioni) per attività turistico-ricreative.

Ricordiamo le due statuizioni della Corte di Giustizia nella sentenza sopra citata:

“1. L'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati.

2. L'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo”.

Le recentissime sentenze della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sono state a loro volta massimate come segue: “Le norme italiane che prorogano in modo automatico le concessioni demaniali marittime per uso turistico-ricreativo sono in contrasto con il diritto europeo e, pertanto, vanno disapplicate. A ogni modo, quelle attualmente in vigore restano efficaci fino e non oltre il 31 dicembre 2023, al fine di dare alle Pubbliche amministrazioni il tempo per organizzare le gare. Entro tale data dovranno essere approvate le nuove norme che tengano conto delle direttive europee tra cui la direttiva così detta Bolkestein (articolo 12 della direttiva 2006/123/CE)”.

Il caso esaminato dalle pronunce è sintetizzabile come segue: se sia legittimo che lo Stato Italiano disponga per legge la proroga delle concessioni demaniali marittime per finalità turistiche e ricreative, in via automatica e in assenza di procedure di evidenza pubblica (gare o procedimenti analoghi).

La risposta è chiara: siffatte proroghe automatiche sono illegittime e vanno disapplicate.

L'orientamento del Consiglio di Stato in materia è ormai irreversibile, per l'autorevolezza della fonte e per il contenuto completo e dichiaratamente nomofilattico delle

pronunce, volto fra l'altro a superare resistenze di vario genere e orientamenti giurisprudenziali difformi (ad esempio TAR Toscana II 8.3.21 n. 363 vs Tar Lecce 29 giugno 2021 n. 981).

Trattandosi di proroghe *ex lege* (le richiameremo poco più avanti), di cui gli enti locali hanno solo dovuto prendere atto, l'Adunanza Plenaria non ha disposto alcun annullamento, non essendovi alcun atto amministrativo da annullare, e tanto meno ha inteso abrogare le norme statali, di cui ha dichiarato che devono essere disapplicate per contrasto con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE, ritenendo quest'ultimo alla stregua di una disposizione autoesecutiva.

Ha quindi provveduto alla declaratoria di nullità degli effetti amministrativi delle proroghe, in ciò rinvenendo una questione afferente alla giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 133 comma 1 lett. b) Dlvo n. 104/10, nel cui ambito il giudice amministrativo può disporre non solo annullamenti, ma anche declaratorie di nullità e/o accertamenti di decadenza e invalidità (sopravvenuta) della concessione indebitamente prorogata.

Per quanto riguarda la graduazione dell'effetto temporale delle sentenze, differito dall'Adunanza Plenaria al 31 dicembre 2023, nel nostro ordinamento non esiste una norma esplicita di carattere generale che permetta al giudice di graduare gli effetti delle sue decisioni.

Tuttavia gli artt. 34 e 133 Dlvo n. 104/10 permettono al giudice amministrativo di dettare alla PA disposizioni sull'attuazione delle proprie sentenze, riguardanti come tali il rapporto fra sentenza e esercizio del potere amministrativo.

In ambito europeo, invece, l'art. 264 del TFUE (trattato sul funzionamento dell'Unione europea) prevede che, se il ricorso per l'annullamento è fondato ma sussistono gravi motivi, la Corte di Giustizia può disporre che gli effetti della pronuncia siano graduati e mantenere la efficacia dell'atto nell'interesse di valori fondamentali meritevoli di specifica tutela, quali la necessità di certezza del diritto, in caso di interpretazioni consolidate sulle quali incide la sentenza (ad esempio CGE C-21/94 Parlamento europeo contro Consiglio), o la necessità di prefissare un termine affinché una istituzione competente adotti un atto in sostituzione di quello annullato.

In tali casi, l'effetto dell'annullamento anziché retroagire come di norma al momento e alla fase procedimentale di adozione dell'atto annullato (*ex tunc*), può essere fatto decorrere con apposita e motivata statuizione dalla data della sentenza della Corte (*ex nunc*) o da una data successiva appositamente stabilita fino alla quale la Corte disponga il mantenimento degli effetti dell'atto annullato (*ex post*, potremmo dire per assonanza, con espressione imprecisa ma suggestiva). Inoltre un annullamento può anche essere ulteriormente limitato, come nella causa C-378/00 Commissione contro Parlamento

europeo e Consiglio, in cui la Corte annulla un articolo di un atto, ma dichiara che le misure di esecuzione di tale atto, già adottate, restano in vigore.

Riassumendo, il potere di differimento non è previsto espressamente da alcuna norma ma la Adunanza Plenaria lo ritiene implicito nell'ordinamento e motivatamente decide di avvalersene in concreto, dilazionando gli effetti delle pronunce alla data del 31.12.2023 onde consentire da un lato agli interessati il necessario preavviso, dall'altro al legislatore e alla PA un lasso di tempo sufficiente e provvedere.

Da notare ancora che l'Adunanza Plenaria, nel differire l'efficacia della dichiarazione di nullità, precisa che non è consentito qualificare abusiva la detenzione delle aree concesse, essendo in corso di validità la proroga di legge: è qui palese la preoccupazione di evitare una miriade di processi penali, essendosi in tal senso orientata la Corte di Cassazione (vedasi da ultimo Cass. Pen. Sez. III n. 36741 del 8 ottobre 2021).

Non manca altresì di offrire al legislatore (ad esempio in tema di tutela dell'affidamento) opportune indicazioni volte fra l'altro a prevenire ulteriori conflitti.

Come si vede le pronunce sono decise e radicali, ma al contempo equilibrate, giacché il Giudice amministrativo, nella sua massima e più autorevole istanza, non ha mancato di adoperarsi per delimitarne le conseguenze e chiarirne le implicazioni, nella consapevolezza della portata dei loro effetti.¹

Nei modesti limiti dell'argomento che il presente studio affronta, come indicato nella introduzione, si tratta di coltivare tale approccio equilibratore, riflettendo sull'effettivo ambito della dichiarata nullità ed evitandone se possibile una applicazione che, debordandone, ne estenda e ne aggravi gli effetti.

2. La definizione dei beni demaniali marittimi.

I beni del demanio marittimo sono elencati nell'art. 28 del Codice della navigazione (generalmente considerato come una specificazione integrativa dell'art. 822 del Codice civile).

Ne fanno parte:

il lido del mare, ovvero la porzione del litorale a immediato contatto col mare, estesa fin dove arrivano le mareggiate invernali, con esclusione dei momenti di tempesta. Vi rientrano anche le scogliere, gli scogli, i massi scogliosi, le dighe naturali, i promontori e le punte, in quanto siano aderenti al mare;

¹ Per una valutazione complessivamente positiva delle sentenze in esame si rinvia a PONTE *Una posizione rigorosa e bilanciata per modulare gli effetti della decisione*, in Guida al Diritto n. 46 del 4 dicembre 2021 pagg. 92-101

la spiaggia, intesa come la zona che dal margine interno del lido si estende verso terra. Essendo soggetta a modificazioni, si può restringere a causa dell'azione delle forze erosive del mare o ampliare nel caso opposto; pertanto il mutamento dello stato dei luoghi è idoneo a ampliare il regime pubblico, senza che occorra un apposito provvedimento. Per converso gli "arenili", cioè tratti di terraferma che sono relitti del naturale ritirarsi delle acque, anche quando abbiano perso un'immediata idoneità ai pubblici usi del mare, ne conservano la potenzialità e quindi mantengono natura demaniale marittima fino a quando non intervenga un formale decreto di sdemanializzazione;

i porti, intesi come tratti di costa, naturali o artificiali, idonei ad offrire rifugio e agevolare l'approdo delle navi al riparo di venti e dalle onde, in senso generale e non solo commerciale; la legge n. 84 del 28 gennaio 1994 li classifica in base alle funzioni (militari, commerciali, industriali, petroliferi, pescherecci, turistici e da diporto);

le pertinenze demaniali marittime, ossia le costruzioni e le altre opere appartenenti allo Stato che esistono entro i limiti del demanio marittimo o del mare territoriale (art. 29 Cod. nav.), accessorie rispetto al bene demaniale, col quale si immedesimano.

Vi rientrano anche, ma sono tendenzialmente irrilevanti ai nostri fini, le rade (zone di mare che offrono la possibilità di una sosta temporanea alle navi al riparo dai venti e dai marosi), le lagune (specchi acquei situati nelle vicinanze con il mare), i bacini d'acqua salsa o salmastra (bacini di basso fondale esistenti nella terraferma, in cui è possibile la penetrazione ed il riflusso dell'acqua del mare, anche solo una parte dell'anno), le foci dei fiumi, i canali utilizzabili ad uso pubblico marittimo,

Il demanio marittimo viene distinto in costiero e portuale, il primo a carattere naturale, il secondo artificiale e strutturato per utilizzi economici.

Come accennato, la inclusione nel demanio marittimo dei beni naturalistici è dovuta alle loro caratteristiche intrinseche e il provvedimento che la dichiara ha valore riconoscitivo, non costitutivo (cfr. di recente Cass. Pen. n. 20088 del 7.07.2020). Per converso i beni, una volta acquisita la appartenenza al demanio marittimo, restano tali anche quando oggettivamente e naturalisticamente se ne sono modificate le caratteristiche, fino alla eventuale formale sdemanializzazione.

La citata sentenza della cassazione penale non ha mancato di precisare, in conformità a costante giurisprudenza precedente ivi ampiamente richiamata, che quando il mare si ritira la spiaggia si allarga formando gli "arenili", questi possono essere esclusi dal demanio marittimo - quando non servano ai pubblici usi del mare - solo con formale decreto ministeriale emanato ai sensi dell'art. 35 c.n.. Pertanto, fino all'emanazione del decreto di sclassificazione (in motivazione, Sez. 3, n. 28156 del 04/05/2006), i beni del

demanio marittimo mantengono tale qualità, il che significa che non ne è consentita la sdemanializzazione tacita.

3. Una prima considerazione di merito.

L'oggetto delle sentenze è chiaro e ben delimitato, nella sua grande rilevanza fattuale ed economica, e riguarda la proroga delle concessioni demaniali marittime per scopo turistico-ricreativo.

Il novero delle concessioni aventi tale scopo turistico-ricreativo non si raccorda espressamente con la definizione normativa del demanio marittimo sopra riferita, che non enuclea né definisce i possibili utilizzi privati dei beni.

Dal punto di vista logico, cionondimeno, la specificazione dello scopo turistico-ricreativo lascia intendere che, se sono ammissibili utilizzi per altre finalità (e vedremo che lo sono), le sentenze non si estendono a questi ultimi.

Quindi a prima lettura, nulla autorizza a ritenere che la sentenza della Corte di Giustizia, o quelle 9 novembre 2021 nn. 17 e 18 del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, riguardino le concessioni di beni appartenenti al demanio di natura diversa da quella marittima né le concessioni disposte a fini diversi da quello turistico-ricreativo.

In tale logica, una concessione demaniale a scopo commerciale (ad esempio un esercizio commerciale o un distributore di carburanti adiacente a una strada in prossimità della costa), anche se il bene appartenesse al demanio marittimo, dovrebbe ritenersi estranea alla sfera applicativa di tali sentenze.

Ma vedremo anche che è ipotizzabile una diversa interpretazione, seppur da noi non condivisa.

4. Le diverse norme nazionali che hanno disposto le proroghe.

Le norme italiane rilevanti sono principalmente tre, due delle quali concernono la proroga e sono quindi direttamente in contestazione.

Ne trascriviamo il testo con alcune sottolineature riferite alle parti di maggior interesse ai nostri fini.

La prima è il DL 30.12.2009 n. 194 art. 1 comma 18 il quale recita:

18. Ferma restando la disciplina relativa all'attribuzione di beni a regioni ed enti locali in base alla legge 5 maggio 2009, n. 42, nonché alle rispettive norme di attuazione,

nelle more del procedimento di revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi, lacuali e fluviali con finalità turistico-ricreative, ad uso pesca, acquacoltura ed attività produttive ad essa connesse, e sportive, nonché quelli destinati a porti turistici, approdi e punti di ormeggio dedicati alla nautica da diporto, da realizzarsi, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento di tali concessioni, sulla base di intesa in sede di Conferenza Stato-regioni ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, che è conclusa nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di garanzia dell'esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti, nonché in funzione del superamento del diritto di insistenza di cui all'articolo 37, secondo comma, secondo periodo, del codice della navigazione, [che è soppresso dalla data di entrata in vigore del presente decreto], il termine di durata delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché esclusivamente di quelle ad uso pesca ed acquacoltura, rilasciate successivamente a tale data a seguito di una procedura amministrativa attivata prima del 31 dicembre 2009, e in scadenza entro il 31 dicembre 2018 è prorogato fino al 31 dicembre 2020, fatte salve le disposizioni di cui all'articolo 03, comma 4-bis, del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494. All'articolo 37, secondo comma, del codice della navigazione, il secondo periodo è soppresso”.

La seconda, presa in esame esplicitamente dalle sentenze del Consiglio di Stato, è la L 30.12.18 n. 145 art. 1:

682. Le concessioni disciplinate dal comma 1 dell'articolo 01 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge hanno una durata, con decorrenza dalla data di entrata in vigore della presente legge, di anni quindici. Al termine del predetto periodo, le disposizioni adottate con il decreto di cui al comma 677, rappresentano lo strumento per individuare le migliori procedure da adottare per ogni singola gestione del bene demaniale.

683. Al fine di garantire la tutela e la custodia delle coste italiane affidate in concessione, quali risorse turistiche fondamentali del Paese, e tutelare l'occupazione e il reddito delle imprese in grave crisi per i danni subiti dai cambiamenti climatici e dai conseguenti eventi calamitosi straordinari, le concessioni di cui al comma 682, vigenti alla data di entrata in vigore del decreto-legge 31 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25, nonché quelle rilasciate successivamente a tale data a seguito di una procedura amministrativa attivata anteriormente al 31 dicembre 2009 e per le quali il rilascio è avvenuto nel rispetto dell'articolo 18 del decreto del Presidente della Repubblica 15 febbraio 1952, n. 328, o il rinnovo è avvenuto nel rispetto dell'articolo 02 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400,

convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, hanno una durata, con decorrenza dalla data di entrata in vigore della presente legge, di anni quindici. Al termine del predetto periodo, le disposizioni adottate con il decreto di cui al comma 677 rappresentano lo strumento per individuare le migliori procedure da adottare per ogni singola gestione del bene demaniale”.

Balza agli occhi una differenza tra le due norme di proroga: la prima riguarda le concessioni turistico-ricreative (nonché quelle riferite ad uso pesca, acquacoltura ed attività produttive ad essa connesse, e sportive, porti turistici, approdi e punti di ormeggio dedicati alla nautica da diporto), la seconda invece si presenta come totalitaria e cioè riguarda tutte le concessioni del demanio marittimo indicate DL 5.10.93 n. 400 art. 1.

In effetti l’art. 1 del DL n. 400 definisce le varie tipologie di concessione dei beni del demanio marittimo e costituisce quindi la terza norma rilevante, che è bene trascrivere:

1. La concessione dei beni demaniali marittimi può essere rilasciata, oltre che per servizi pubblici e per servizi e attività portuali e produttive, per l’esercizio delle 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”.

Emerge con la norma ultima citata (art. 1 DL n. 400 del 1993) un elenco delle destinazioni cui possono essere adibiti i beni demaniali marittimi.

Pur non essendo la giurisprudenza in esame espressamente raccordata con tale disposizione, appare rilevante e immediatamente percepibile che essa non codifica la nozione di uso turistico-operativo e al contempo contempla una congerie di usi anche diversi da questo.

5. La nozione di uso turistico-ricreativo e l’afferenza o meno delle sentenze in esame rispetto a concessioni diverse da quelle balneari e assimilate.

Torniamo ora al tema accennato al precedente paragrafo 3, muovendo da un passo delle sentenze (paragrafo n. 11), a nostro avviso significativo: “La risoluzione delle questioni sottoposte dall’Adunanza plenaria richiede in via preliminare l’esame del regime

normativo cui è sottoposto il rilascio e il rinnovo della concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative, al fine di vagliare la sussistenza di eventuali profili di contrasto della legge nazionale (in particolare l'art. 1, commi 682 e 683, legge n. 145 del 2018, che dispone la proroga automatica e generalizzata fino al 31 dicembre 2033 delle concessioni demaniali in essere) con norme dell'Unione europea direttamente applicabili”.

L'Adunanza Plenaria, nell'ambito della proroga disposta dalla legge finanziaria n. 145, mostra con ciò di avere presente il carattere generalizzato della seconda proroga e al contempo, a nostro avviso, sembra identificare le questioni sottoposte al suo esame riconducendole alle (sole) concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative, che sono invero il nucleo essenziale della questione di nullità.

Non a caso tutta la successiva analisi economica svolta al paragrafo 16 per dimostrare il carattere transfrontaliero del “mercato” delle concessioni demaniali si incentra appunto sulle spiagge, espressamente citate nell'ultimo capoverso di tale paragrafo n. 16, e anche la riflessione del successivo paragrafo n. 23 dedicata al carattere conformativo dell'art. 12 della direttiva 2006/123 c.d. Bolkenstein (per affermarne la finalità di regolazione diretta autoesecutiva della concorrenza, idonea ad “eliminare” le leggi contrastanti. escludendone quindi l'intento di armonizzazione delle normative nazionali in materia di turismo) identifica al terzo capoverso gli stabilimenti balneari come la impresa turistica al cui esercizio è preordinata la concessione turistico-ricreativa della cui (illegittima) proroga si tratta.

Tale essendo l'oggetto della valutazione, il supremo giudice, in forza di un complesso ragionamento che non è questa la sede per esaminare, rileva che il bene demaniale costiero (spiaggia) adibito a finalità turistico-ricreative (stabilimento balneare) costituisce una risorsa limitata e contendibile per poi (in base a ulteriore complessa disamina) giungere ad affermarne una generalizzata rilevanza economica ultra nazionale o transfrontaliera e configurarne l'utilizzo come oggetto diretto della normativa pro-concorrenziale della direttiva Bolkenstein.

Su tali assunti le sentenze respingono tutte le obiezioni al riguardo della applicabilità delle norme europee ivi citate, rilevando (in base a una raffinata disamina non priva di criticità, il cui esito è cionondimeno vincolante) che oggetto di divieto alla proroga per ragioni di tutela della concorrenza è l'affidamento diretto di beni caratterizzati da scarsità della risorsa e interesse transfrontaliero (spiagge) e che le concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative (stabilimenti balneari) risultano caratterizzate da tali elementi qualificanti.

Ne deriva che l'uso turistico-ricreativo preso in considerazione è quello del "mercato" che riguarda la concessione delle spiagge per la gestione degli stabilimenti balneari.

A ben vedere, una analoga disamina e statuizione non è svolta e non sembra concettualmente estensibile in riferimento a beni che, pur appartenendo al demanio marittimo, sono destinati a scopi diversi da quelli turistico-ricreativi, cioè non riguardano le specifiche fattispecie indicate, corrispondenti in sostanza alle spiagge suscettibili di insediamento di stabilimenti balneari.

Se ciò è vero, in riferimento a beni siffatti, non destinati ad uso turistico-ricreativo, un divieto di proroga generalizzato non si giustificerebbe né alla luce delle ragioni giustificatrici addotte dalla giurisprudenza europea (il cui riferimento tipologico è a una diversa categoria di beni, ossia quelli costieri a destinazione turistico-ricreativa) né in riferimento alla effettiva intrinseca consistenza degli stessi, che costituiscono un insieme eterogeneo definito solo negativamente (non turistico-ricreativo), la cui rilevanza transfrontaliera andrebbe semmai esaminata caso per caso.

Sotto questo secondo profilo, anzi, appare intuitiva la tendenziale estraneità ai predetti, precisi elementi caratterizzanti di una rilevanza transfrontaliera, nel caso di concessione di singole aree per fini commerciali o comunque per fini non intrinsecamente connessi alle attività balneari.

Volendo richiamare la elencazione del DL n. 400 del 1993, rientrano sicuramente nella nozione di finalità turistico-ricreative dettagliate dalla legge n. 145 del 2018 quelle di cui alla lettera a) gestione di stabilimenti balneari e alla lettera c) noleggio di imbarcazioni e natanti in genere, in quanto per loro natura pertinenti alla risorsa scarsa (patrimonio costiero di rilevanza transfrontaliera e di diretta rilevanza in ottica concorrenziale) avente ampia rilevanza economica (uso turistico-ricreativo).

Per converso non sarebbe automatica la estensione alle altre tipologie, riconducibile alle lettere b) esercizi di ristorazione e somministrazione di bevande, cibi precotti e generi di monopolio; d) gestione di strutture ricettive ed attività ricreative e sportive, e) esercizi commerciali e alla lettera 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.

Per tipologie siffatte la proroga dovrebbe ritenersi nulla solo se e in quanto in concreto le singole concessioni risultino connesse con le finalità turistico-ricreative della predetta risorsa, ossia riguardino le spiagge e gli stabilimenti balneari, connessione di per sé possibile, in taluni casi forse anche probabile (ristoranti, eventuali strutture ricettive), ma non automatica, tenuto conto della ampiezza delle aree qualificabili come demanio marittimo, della loro non necessaria identificazione con il binomio spiaggia /

stabilimento balneare e della conseguente necessità di una verifica puntuale della loro effettiva immanenza non solo alla spiaggia ma anche all'utilizzo "balneare", che costituisce il cuore della destinazione turistico-ricreativa ed è fra l'altro per sua natura stagionale.

In tale ottica, va valorizzato il rilievo che le norme europee sopra citate e dunque anche le sentenze del Consiglio di Stato Adunanza Plenaria si riferiscono al demanio con destinazione turistica e ricreativa, non alle concessioni demaniali destinate a scopi economici in genere (ad esempio commerciali, di ristorazione, di attività sportive), tanto più quando significativamente autonome rispetto all'uso balneare della spiaggia.

La proroga fino al 2033 di queste ultime non appare inficiata da quegli specifici elementi che rendono nulla la proroga delle concessioni turistico-ricreative nella accezione naturalistica ed economica risultante dalle pronunce della Adunanza Plenaria.

Ne consegue che non dovrebbero considerarsi nulle le concessioni per attività economiche e commerciali non stagionali (pensiamo a un ristorante o a un impianto sportivo o a un esercizio commerciale non stagionali e comunque anche per la loro concreta ubicazione rivolti non solo agli utenti degli stabilimenti balneari o del noleggio di imbarcazioni, cosiddetti bagnanti, ma a un pubblico indifferenziato, a un distributore di carburanti adiacente a una strada pubblica e simili).

Né può obiettarsi a tale approccio il carattere empirico della analisi sulla rilevanza transfrontaliera e quindi la carenza di un criterio discrezionale *a priori*. Ciò è infatti connaturato alla puntualità della valutazione fisiologicamente insita nell'accertamento di una rilevanza transfrontaliera, come pacificamente ammesso dal diritto vivente eurounitario, tant'è che è solo consentita al legislatore nazionale, non certo obbligatoria, la prefissione di categorie generali e astratte: con tale tema si misura l'Adunanza Plenaria nel momento in cui deve giustificare il trattamento unitario del "mercato" delle concessioni ad uso turistico-ricreativo (paragrafo 13 delle sentenze, al quale rinviamo per la ricostruzione della normativa e della giurisprudenza in materia di individuazione dell'interesse transfrontaliero)².

6. Altre possibili interpretazioni.

Si deve dare atto che può sussistere una incertezza in ordine alla corretta interpretazione della nullità, ascrivibile fra l'altro per due ordini di ragioni: a) in astratto la

² Proprio sul tema del carattere transfrontaliero attribuito dalle sentenze alla categoria degli usi in questione, le sentenze della Adunanza Plenaria sono sottoposte a una interessante riflessione critica da GUZZO e PALLIGGIANO *Concessioni demaniali marittime e A.P. del Consiglio di Stato. Il difficile equilibrio tra esigenze di coerenza con il diritto eurounitario, incertezze interpretative e possibili invasioni di campo*, in Lexitalia Rivista internet di diritto pubblico 2 gennaio 2022.

definizione codicistica di beni demaniali marittimi si applica alla “costa” e ciò potrebbe indurre l’interprete a una sommaria identificazione fra “costa” e finalità turistico-ricreative; b) sotto altro profilo ma con analogo effetto “totalizzante”, la finalità turistico-ricreativa potrebbe configurarsi come una nozione trasversale che attraversa anche le tipologie di concessione diverse da quelle immediatamente percepibili come tali, sicché *a priori* vi rientrerebbe qualunque uso economico di beni costieri.

In altre parole potrebbe affermarsi una interpretazione contrapposta a quella da noi qui sostenuta, che legga la caratteristica dell’uso turistico-ricreativo come insita in qualunque concessione di beni del demanio marittimo fluviale o lacuale volta al loro sfruttamento economico.

Una tale interpretazione a nostro avviso non è condivisibile.

Essa infatti alla fin fine contrasterebbe con la specificazione presente in tutta la giurisprudenza, che non vieta la proroga per le concessioni marittime in genere ma solo in ragione di (e quindi limitatamente a) quelle con finalità turistico-ricreativa, ossia abrogherebbe tale specificazione ritenendola alla stregua di una *endiadi*, assumendo che tale finalità sarebbe immanente e inscindibile in presenza di ogni concessione di beni demaniali marittimi costieri fatta a privati per finalità economiche ma con ciò contraddicendo non solo la specificazione normativa degli usi ammissibili del demanio marittimo, ma anche la realtà empirica della effettiva esistenza di usi economici non riferibili a quello costiero balneare sul quale soltanto si incentra la analisi fattuale e giuridica che ha condotto la Adunanza Plenaria ad affermare la nullità della proroga.

Essa contrasterebbe anche con il puntuale accertamento dell’interesse transfrontaliero, la cui necessità è pacifica e la cui ricorrenza non è correttamente predicabile a priori rispetto alla casistica in discorso, atteso il carattere negativo e residuale dell’insieme delle concessioni aventi finalità, negativamente definita come non turistico-ricreativa (in senso costiero-balneare).

Esprimendo tale riflessione in termini di interpretazione giuridica delle fonti, va quindi obiettato che la risorsa scarsa e l’interesse transfrontaliero non possono essere impropriamente traslati dal bene “costa sfruttata per finalità turistico-ricreative balneari” al bene “demanio marittimo” in quanto tale, mentre a ben vedere di tratta di nozioni giuridiche e di realtà materiali differenti.

Beni inclusi nel demanio marittimo costiero possono per le più varie ragioni (ad esempio: ubicazione, tipologia di utilizzo) ricomprendere aree il cui uso non è ascrivibile alla finalità turistico ricreativa costiero-balneare ma ad altri interessi, economicamente apprezzabili e legittimamente perseguiti pur essi dai privati concessionari.

Ciò in particolare considerazione anche della mobilità della nozione di costa intesa in senso naturalistico a fronte della rigidità delle procedure normative di de-qualificazione del demanio marittimo ovvero della particolare conformazione naturalistica che non consente l'utilizzo turistico-ricreativo ma consente altri utilizzi di tipo economico o commerciale: i casi di un ristorante (magari stellato) o di un esercizio commerciale non stagionale o di un rifornimento di carburanti adiacente a una strada pubblica ne sono oggettivamente buoni esempi rinvenibili nella realtà e facilmente percepibili.

7. Conclusione

Pur nella consapevolezza della indiscutibile opinabilità della materia, il pensiero degli scriventi è nel senso che vi è certezza di nullità della proroga per le concessioni aventi a oggetto gli stabilimenti balneari e il noleggio di imbarcazioni, mentre la nullità deve essere accertata caso per caso quando la concessione abbia finalità diversa dalle predette e sussiste solo quando si rinvenga un nesso assoluto o quanto meno prevalente con lo sfruttamento turistico non della costa in genere (che può costituire una attrattiva in quanto tale anche a prescindere dagli usi balneari) ma del singolo bene demaniale nella sua individualità rilevante a fini balneari.

(*) Nota finale: il presente testo è frutto di una riflessione collegiale dei due autori; comunque ne vanno attribuiti in particolare all'avv. Andrea Calzolaio i paragrafi 3-5-6 e all'avv. Claudio Baleani i paragrafi 1-2-4