

Le concessioni demaniali marittime tra diritti reali e provvedimento amministrativo

di Marco Catalano, giudice contabile e dottore commercialista

Estratto della relazione tenutasi al convegno di Gaeta il 19.4.2024

Si premette che la tematica delle concessioni demaniali marittime del suo rinnovo è di tremenda attualità, alla luce della recente giurisprudenza amministrativa che, a partire dal 2021, ha asserito la necessità di disapplicazione della normativa interna in contrasto, sebbene già dal 2005 il legislatore, con l'art. 23, comma 2, legge 62 del 2005 aveva vietato le proroghe dei contratti;

I contratti per acquisti e forniture di beni e servizi, già scaduti o che vengano a scadere nei sei mesi successivi alla data di entrata in vigore della presente legge, possono essere prorogati per il tempo necessario alla stipula dei nuovi contratti a seguito di espletamento di gare ad evidenza pubblica a condizione che la proroga non superi comunque i sei mesi e che il bando di gara venga pubblicato entro e non oltre novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge.

Per le concessioni demaniali marittime come è altresì noto nel 2023 il supremo consesso di giustizia amministrativa ha affermato la persistenza dei principi di necessaria disapplicazione già in precedenza affermati.

Secondo Consiglio di Stato nr. 11200 del 2023

I principi enunciati dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza del 9 novembre 2021, n. 17 sono tutt'ora validi dato che, a differenza della sentenza n. 18 del 2021, annullata per diniego di giurisdizione dalla sentenza delle sezioni unite n. 32559 del 23 novembre 2023, quest'ultima non risulta essere stata impugnata. Ne consegue che, alla luce di tali principi, le proroghe delle concessioni disposte dai comuni risultano tamquam non esset. Le norme legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle

concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative – sono in contrasto con il diritto eurounitario, segnatamente con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE; tali norme, pertanto, non devono essere applicate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione. Ancorché siano intervenuti atti di proroga rilasciati dalla Pa deve escludersi la sussistenza di un diritto alla prosecuzione del rapporto in capo gli attuali concessionari; non vengono al riguardo in rilievo i poteri di autotutela decisoria della Pa in quanto l'effetto di cui si discute è direttamente disposto dalla legge, che ha nella sostanza legificato i provvedimenti di concessione prorogandone i termini di durata; la non applicazione della legge implica, quindi, che gli effetti da essa prodotti sulle concessioni già rilasciate debbano parimenti ritenersi tamquam non esset, senza che rilevi la presenza o meno di un atto dichiarativo dell'effetto legale di proroga adottato dalla Pa o l'esistenza di un giudicato.

A tutto questo si aggiunge il principio di necessità di scelta della gestione del servizio, come statuito dall'art. 14 del dlgs 201 del 2022

1. Tenuto conto del principio di autonomia nell'organizzazione dei servizi e dei principi di cui all'articolo 3, l'ente locale e gli altri enti competenti, nelle ipotesi in cui ritengono che il perseguimento dell'interesse pubblico debba essere assicurato affidando il servizio pubblico a un singolo operatore o a un numero limitato di operatori, provvedono all'organizzazione del servizio mediante una delle seguenti modalità di gestione:

a) affidamento a terzi mediante procedura a evidenza pubblica, secondo le modalità previste dal dall'articolo 15, nel rispetto del diritto dell'Unione europea;

b) affidamento a società mista, secondo le modalità previste dall'articolo 16, nel rispetto del diritto dell'Unione europea; c) affidamento a società in house, nei limiti fissati dal diritto dell'Unione europea, secondo le modalità previste dall'articolo 17; d) limitatamente ai servizi diversi da quelli a rete, gestione in economia o mediante aziende speciali di cui all'articolo 114 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali di cui al decreto legislativo n. 267 del 2000.

In questo contesto si inserisce la *miniproroga* di cui all'art. 3 della L. 5 agosto 2022 n. 118

1. Continuano ad avere efficacia fino al 31 dicembre 2024 ovvero fino al termine di cui al comma 3, qualora successivo, se in essere alla data di entrata in vigore della presente legge sulla base di proroghe o rinnovi disposti anche ai sensi della legge 30 dicembre 2018, n. 145, e del decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 ottobre 2020, n. 126:5

a) *le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per l'esercizio delle attività turistico-ricreative e sportive, ivi comprese quelle di cui all'articolo 01, comma 1, del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, quelle gestite dalle società e associazioni sportive iscritte al registro del CONI, istituito ai sensi dell'articolo 5, comma 2, lettera c), del decreto legislativo 23 luglio 1999, n. 242, o, a decorrere dalla sua operatività, al Registro nazionale delle attività sportive dilettantistiche di cui al decreto legislativo 28 febbraio 2021, n. 39, quelle gestite dagli enti del Terzo settore di cui all'articolo 4, comma 1, del codice di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, e quelle per la realizzazione e la gestione di strutture dedicate alla nautica da diporto, inclusi i punti d'ormeggio;*⁶

b) *i rapporti aventi ad oggetto la gestione di strutture turistico-ricreative e sportive in aree ricadenti nel demanio marittimo per effetto di provvedimenti successivi all'inizio dell'utilizzazione*

2. *Le concessioni e i rapporti di cui al comma 1, lettere a) e b), che con atto dell'ente concedente sono individuati come affidati o rinnovati mediante procedura selettiva con adeguate garanzie di imparzialità e di trasparenza e, in particolare, con adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento, continuano ad avere efficacia sino al termine previsto dal relativo titolo e comunque fino al 31 dicembre 2024 se il termine previsto è anteriore a tale data.*

3. *In presenza di ragioni oggettive che impediscono la conclusione della procedura selettiva entro il 31 dicembre 2024, connesse, a titolo esemplificativo, alla pendenza di un contenzioso o a difficoltà oggettive legate all'espletamento della procedura stessa, l'autorità competente, con atto motivato, può differire il termine di scadenza delle concessioni in essere per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2025. Fino a tale data l'occupazione dell'area demaniale da parte del concessionario uscente è comunque legittima anche in relazione all'articolo 1161 del codice della navigazione.*

Ciò posto, se il giudice e l'amministrazione devono disapplicare il diritto interno in contrasto con quello eurounitario, una disapplicazione dell'art. 3 comporta la reviviscenza dell'art. 1161 del codice della navigazione?

Ove mani così non potesse essere, potrebbe riespandersi la norma generale di cui all'art. 633 del codice penale.

Al di là del mancato pagamento dei canoni una ulteriore problematica è quella del controllo sul personale dipendente del concessionario atteso che secondo l'art. 11 del dlgs 36.

1. *Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quello il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente.*

Come è noto, nella Costituzione italiana non esiste una previsione espressa della applicazione diretta dei diritti costituzionali nei rapporti intersoggettivi, corrispondente al § 3 dell'art. 1 della legge fondamentale (Grundgesetz) della Repubblica federale tedesca del 1949 , anche se questa efficacia diretta orizzontale - la c.d. drittwirkung - è stata ormai riconosciuta dalla Corte costituzionale (ad es., nelle sentt. 122/1970 e 88/1979 in tema di diritto alla salute, considerato suscettibile di fondare direttamente la pretesa del lavoratore di ottenere il risarcimento del danno determinato dalle condizioni di lavoro nell'impresa; nelle sent. 156/1971 e 177/1984, in tema di diritto del lavoratore ad una retribuzione minima, ex art. 36 cost.), nonché dalla Corte di Cassazione (in tema di contratti: n.10511/1999; in tema di risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo: n. 4083/1996 e n.500/1999; in tema di risarcimento del danno alla persona: n.7713/2000 , n.8828/2003 e 233/2003; in tema di sequestro penale: n. 3572/1995; in tema di diritto alla salute: n. 3870/1994) e dalla dottrina.

Nel quadro della giurisprudenza costituzionale, non solo non è dato rinvenire alcuna affermazione in contrasto con la c.d. drittwirkung dei giudici, ma plurime sono addirittura le pronunzie a quella applicazione diffusa dei precetti costituzionali danno invece impulso. La posizione della Corte nei riguardi dell'istituto in esame si esprime in particolare : a) dando l'istituto stesso per presupposto e facendovi richiamo come dato complementare di disciplina di determinate materie (n.333/1991); b) esortando anzi i giudici a farne applicazione (n. 34/1973); c) rimarcandone addirittura la necessità in determinati contesti normativi (n.184/1986); d) rimuovendo, infine, ostacoli, frapposti dal legislatore ordinario, alla sua operatività (n. 313/1990)

Un principio equivalente a quello della c.d. drittwirkung è peraltro ricavabile per implicito dall'incipit dell'articolo 2 della Costituzione italiana, per cui “ la Repubblica garantisce i diritti inviolabili dell'uomo “ (cfr., Cass. 20 aprile 1994 n.3775).

Pertanto, l'art. 11 del codice dei contratti letto in combinato disposto con l'art. 36 della Costituzione attribuisce il potere/dovere alla amministrazione di controllare non solo l'abuso del concessionario in tema, ad esempio, di occupazione maggiore di quanto consentito, ma anche in tema di verifica della congruità del contratto collettivo applicato ai suoi dipendenti, posto che secondo la giurisprudenza amministrativa (vedasi T.A.R. Toscana Firenze, Sez. III, 05/04/2018, n. 476).

La gara per affidamento della gestione tecnica di una spiaggia libera attrezzata, non è un appalto di servizi, ma una procedura per l'affidamento di una concessione che, ai sensi dell'art. 30 del D.Lgs. n. 50/2016, è sottratta alle disposizioni riferite ai contratti pubblici, essendo per contro assoggettata solo al rispetto dei principi generali relativi a questi ultimi e, in particolare, ai principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità.

Di conseguenza la PA concedente ha il dovere di verificare che il concessionario del bene demaniale applichi a suoi dipendenti un trattamento retributivo che consenta una esistenza libera e dignitosa, e, in mancanza, potrà disporre la decadenza