

# **Beni pubblici e concorrenza: una corrispondenza non perfettamente biunivoca**

*[di Marco Mariani]*

**INDICE:** 1. Premessa. 2. Dal Trattato di Roma alla Direttiva Servizi. 3. La specificità dei servizi legati all'interesse generale nella Direttiva Bolkestein. 4. I fondamenti politici e ideologici del diritto europeo della concorrenza. 5. L'evoluzione degli obiettivi. 6. In particolare, la coincidenza a livello europeo dell'approccio politico e giudiziario. 7. Conclusioni.

## **1. Premessa**

E' riflessione ampiamente condivisa che il quadro normativo italiano in materia di concessioni balneari presenti una stratificazione pluridecennale che lo rende piuttosto complesso, soprattutto in termini di competenze, procedure e criteri di determinazione dei parametri<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Per un riepilogo del dibattito sviluppatosi negli ultimi venti anni, si rinvia S. Cassese, Concessione di beni pubblici e diritto di insistenza, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2003, pp. 335 ss.; F. Di Lascio, Concessione di demanio marittimo e tutela della concorrenza, in *Foro amministrativo –TAR*, 2009, pp. 787 ss.; M. De Benedetto (a cura di), *Spiagge in cerca di regole. Studio d'impatto sulle concessioni balneari*, Bologna, Arel, 2011; G. Marchegiani, Le concessioni demaniali marittime e la sindrome di Loch Ness, in *giustamm.it*, n. 10, 2015; C. Benetazzo, Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento, in *federalismi.it*, n. 25, 2016; F. Armenante, La non disciplina delle concessioni demaniali: dall'abrogazione innaturale del diritto di insistenza alle plurime e sistematiche proroghe anticomunitarie, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, n. 4, 2020, pp. 261 ss. Tra i contributi più recenti, si segnalano i due volumi di A. Lucarelli, B. De Maria, M. C. Girardi (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime. Principi costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, ESI, n. 7/2021 e n. 8/2023. Si veda altresì alle analisi di F. Di Lascio, Le concessioni di spiaggia tra diritti in conflitto e incertezza delle regole, in *Diritto amministrativo*, n. 4, 2022, pp. 1037-1071; A. Persico, Le concessioni demaniali marittime nell'impatto con il diritto dell'Unione. Spunti comparatistici per una gestione sostenibile "a tutto tondo" del patrimonio costiero nazionale, in *federalismi.it*, 2022, pp. 115 e ss.; M.C. Girardi, Concorrenza, demanio marittimo e tutela dei diritti tra frammentazione giuridica ed esigenze di bilanciamento. Riflessioni a partire dal disegno di legge per il mercato e la concorrenza, *federalismi.it*, 2022, pp. 60 e ss.; A. Travi, In tema di proroga di concessioni demaniali marittime per finalità turistico – ricreative, in *Il Foro italiano*, 2022, 3, pp. 152 e ss.; A. Di Sciascio, Le concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative tra regime di proroga e (timida) apertura al mercato ed alla concorrenza, in *giustamm.it*, 2022, 3, pp. 2 e ss.; C. Giudice, Concessioni demaniali marittime: questioni aperte e possibili soluzioni, in *Diritto Marittimo*, 2021, pp. 847 e ss.; R. Di Pace, L'incerta natura giuridica delle concessioni demaniali marittime: verso l'erosione della categoria, in *Diritto e società*, 2021, pp. 419 e ss.; C. Benetazzo, "Primazia" del diritto U.E. e proroghe ex lege delle concessioni balneari, in *federalismi.it*, 19, 2018, pp. 3 e ss.; F. Sanchini, Concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo tra meccanismi normativi di proroga e tutela dei principi europei di libera competizione economica: profili evolutivi alla luce della pronuncia della Corte di giustizia resa sul caso *Promoimpresa-Melis*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2, 2016;. In particolare per una rassegna della normativa e della giurisprudenza italiana ed eurounitaria sulle concessioni demaniali marittime si rinvia a M. Ferrara, G. Ioannides e G. Vosa (a cura di), *Dossier ragionato sulle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo*, in *federalismi.it*, 2021; si rinvia altresì alla monografia contenuta nel fascicolo 3/2021 della *Rivista Diritto e Società*, La proroga delle concessioni balneari alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria. Sui tratti essenziali della vicenda

Si tratta di una complessità in buona parte indotta da elementi extra giuridici (recte, politici) in quanto pur a fronte di univoche disposizioni dei Trattati europei<sup>2</sup> e della Costituzione Italiana<sup>3</sup> (come

---

delle proroghe delle concessioni balneari alla luce della giurisprudenza (europea e nazionale) e dell'inerzia del legislatore, si veda D. Granara, Le concessioni balneari tra le Corti e il legislatore: dialoghi o monologhi?, in *Giurisprudenza italiana*, n. 12/2023, p. 2709. Sul controverso ambito di applicazione della normativa in oggetto, si veda G. Botto, Sviluppi delle pronunce dell'Adunanza plenaria sulle proroghe ex lege delle concessioni demaniali marittime, in *Giurisprudenza italiana*, n. 12/2022, p. 2729.

<sup>2</sup> L'art. 3, comma 3, del Trattato sull'Unione Europea prevede che "L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi (...)", mentre l'art. 3 del Trattato sul funzionamento dell'UE dispone che "L'Unione ha competenza esclusiva nei seguenti settori: (...) b) definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno"; mentre l'art. 49 del medesimo TFUE, sul diritto di stabilimento così recita: "Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro. La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali."

<sup>3</sup> Si ricordi che il nuovo comma 1 dell'art. 97 della Costituzione, come introdotto dalla legge costituzionale n. 1/2012, ora dispone che "*Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico*".

acclarati dalla Corte di Giustizia UE<sup>4</sup>, dalla Corte costituzionale italiana<sup>5</sup>, dal Consiglio di Stato in seduta ordinaria<sup>6</sup> e in Adunanza plenaria<sup>7</sup>, dalla Corte di cassazione<sup>8</sup>, dal Presidente della

---

<sup>4</sup> La Corte di giustizia ha affrontato la tematica in questione nella sentenza del 14 luglio 2016 nelle cause riunite C 458/14 e C 67/15, Promoimpresa e Melis, precisando che “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”. Da tale sentenza si ricava che la proroga ex lege delle concessioni demaniali aventi natura turistico-ricreativa non può essere generalizzata, dovendo la normativa nazionale ispirarsi alle regole della Unione europea sulla indizione delle gare. La Corte di Giustizia, più specificamente, chiamata a pronunciarsi sulla portata dell’art. 12 della direttiva 2006/123/CE (cd. Bolkestein) del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno (direttiva servizi), ha affermato, in primo luogo, che le concessioni demaniali marittime a uso turistico-ricreativo rientrano in linea di principio nel campo di applicazione della suindicata direttiva, restando rimessa al giudice nazionale la valutazione circa la natura “scarsa” o meno della risorsa naturale attribuita in concessione, con conseguente illegittimità di un regime di proroga ex lege delle concessioni aventi ad oggetto risorse naturali scarse, regime ritenuto equivalente al rinnovo automatico delle concessioni in essere, espressamente vietato dall’art. 12 della direttiva. In secondo luogo, la Corte di giustizia ha affermato che, per le concessioni alle quali la direttiva non può trovare applicazione, l’art. 49 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE) osta a una normativa nazionale, come quella italiana oggetto dei rinvii pregiudiziali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentino un interesse transfrontaliero certo. Successivamente, con la sentenza del 20 aprile 2023 (C-348/22) la Corte ha dichiarato, in primo luogo, che la direttiva si applica a tutte le concessioni di occupazione del demanio marittimo, a prescindere, a tal proposito, dal fatto che esse presentino un interesse transfrontaliero certo o che riguardino una situazione i cui elementi rilevanti rimangono tutti confinati all’interno di un solo Stato membro. In secondo luogo, il diritto dell’Unione non osta a che la scarsità delle risorse naturali e delle concessioni disponibili sia valutata combinando un approccio generale e astratto, a livello nazionale, e un approccio caso per caso, basato su un’analisi del territorio costiero del comune in questione. È necessario che i criteri adottati da uno Stato membro per valutare la scarsità delle risorse naturali utilizzabili si basino su parametri obiettivi, non discriminatori, trasparenti e proporzionati. In terzo luogo, dall’esame non è emerso alcun elemento idoneo ad inficiare la validità della direttiva relativa ai servizi nel mercato interno. Poiché, da un lato, il fondamento giuridico di un atto deve basarsi sul suo scopo e sul suo contenuto e, dall’altro, la direttiva ha l’obiettivo di agevolare l’esercizio della libertà di stabilimento dei prestatori nonché la libera circolazione dei servizi, il Consiglio ha correttamente deliberato a maggioranza qualificata, conformemente alle disposizioni del Trattato. In quarto luogo, l’obbligo, per gli Stati membri, di applicare una procedura di selezione imparziale e trasparente tra i candidati potenziali, nonché il divieto di rinnovare automaticamente un’autorizzazione rilasciata per una determinata attività sono enunciati in modo incondizionato e sufficientemente preciso dalla direttiva. Poiché tali disposizioni sono produttive di effetti diretti, i giudici nazionali e le autorità amministrative, comprese quelle comunali, sono tenuti ad applicarle, e altresì a disapplicare le norme di diritto nazionale non conformi alle stesse. Da ultimo, la CGUE con la sentenza della Terza Sezione dell’11 luglio 2024 nella causa C-598/22 ha dichiarato conforme al diritto unionale l’art. 49 del codice della navigazione italiano. Quest’ultima disposizione così recita: «Salvo che sia diversamente stabilito nell’atto di concessione, quando venga a cessare la concessione, le opere non amovibili, costruite sulla zona demaniale, restano acquisite allo Stato, senza alcun compenso o rimborso, salva la facoltà dell’autorità concedente di ordinarne la demolizione, con restituzione del bene demaniale al pristino stato».

Per i Giudici di Lussemburgo tale norma italiana non costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento in quanto si applica “a tutti gli operatori esercenti attività nel territorio italiano” e per questo “non costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento”. Tutti gli operatori, viene spiegato, “si trovano ad affrontare la medesima preoccupazione: quella di sapere se sia economicamente sostenibile presentare la propria candidatura e sottoporre un’offerta ai fini dell’attribuzione di una concessione sapendo che, alla scadenza di quest’ultima, le opere non amovibili costruite saranno acquisite al demanio pubblico”. Inoltre, “la norma non riguarda le condizioni per lo stabilimento dei concessionari autorizzati a gestire un’attività turistico-ricreativa sul demanio pubblico marittimo”, prevedendo “soltanto che, alla scadenza della concessione e salvo che sia diversamente stabilito, le opere non amovibili siano incamerate immediatamente e senza compensazione finanziaria nel demanio pubblico marittimo”. L’appropriazione gratuita e senza indennizzo da parte dello Stato, sottolinea ancora la CGUE “costituisce l’essenza stessa dell’inalienabilità del demanio pubblico“. Un principio che “implica” che quest’ultimo “resta di proprietà di soggetti pubblici e che le autorizzazioni di occupazione hanno carattere precario”, ovvero possiedono “una durata determinata e sono revocabili”.

<sup>5</sup> Ordinanza 27 giugno 2022 n. 154, sul conflitto di attribuzioni (dichiarato inammissibile) tra poteri dello Stato sollevato da alcuni parlamentari avverso le decisioni dell’Adunanza plenaria n. 17 e 18 del 2021.

<sup>6</sup> Si veda, ex multis, la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 1° marzo 2023, n. 2192, resa su impugnazione di altra pronuncia del TAR Lecce, sez. I, 29 giugno 2021, n. 981. Tra le più recenti, è significativa anche la sentenza 30 novembre

2023, n. 10378 con cui il Consiglio di Stato ha ribadito che i principi del diritto comunitario in materia di concessioni balneari, alla luce della recente e costante prassi della CGUE, ripresa dalla nostra giurisprudenza amministrativa, impongono che «la concessione della gestione di arenili per finalità turistico-ricreative deve rispondere a criteri di imparzialità, trasparenza e par condicio: in particolare, l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE e il novellato art. 37 del cod. nav. subordinano il rilascio di concessioni demaniali marittime all'espletamento di procedure selettive ad evidenza pubblica. Da ultimo, vanno menzionate alcune pronunce della prima metà del 2024: in primo luogo la sentenza n. 3940 del 30 aprile 2024 (con cui si è affermato che l'acquisizione all'asta pubblica di una procedura esecutiva, del complesso aziendale comprensivo dello stabilimento balneare, non costituisce una procedura competitiva trasparente sufficiente ad evitare ulteriori procedure per l'assegnazione della concessione) e poi con le tre sentenze gemelle nn. 4479, 4480 e 4481 del 20 maggio 2024 con cui la VII sezione, a seguito della sentenza con cui la Suprema Corte aveva cassato la decisione dell'Adunanza Plenaria n. 18/2021, ha ribadito in particolare che: a) Deve essere disapplicato anche l'art. 10-quater, c. 2, del D.L. n. 198/2023 laddove ha previsto che il Tavolo tecnico definisce i criteri tecnici per la sussistenza della scarsità della risorsa naturale disponibile, tenendo conto anche della "rilevanza economica transfrontaliera". Tale elemento non è rilevante ai fini della valutazione della scarsità e quindi non può essere preso in considerazione in quanto non è un presupposto per l'applicazione dell'art. 12 della Dir. 2006/123/CE ma semmai, laddove non si applichi l'art. 12 della Dir. 2006/123/CE, del solo art. 49 del T.F.U.E; b) è compatibile con il diritto dell'Unione la sola proroga "tecnica" (funzionale allo svolgimento della gara) prevista dall'art. 3, c. 1 e 3, della Legge n. 118/2022 nella sua originaria formulazione, che consente alle autorità amministrative competenti di prolungare la durata della concessione, con atto motivato, per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura competitiva e, comunque, non oltre il termine del 31 dicembre 2024 (con la precisazione che a tal fine occorre che le autorità amministrative comunali abbiano già indetto la procedura selettiva o comunque abbiano deliberato di indirla in tempi brevissimi, emanando atti di indirizzo in tal senso e avviando senza indugio l'iter per la predisposizione dei bandi); c) è possibile sopperire al vuoto normativo mediante le previsioni delle leggi regionali e, soprattutto, i principi e i criteri della delega di cui all'art. 4, c. 2, della Legge n. 118/2022, anche se non sono stati ancora adottati i decreti che ne precisano il contenuto; d) non ci sono più contrasti tra sezioni che giustificano la necessità di tornare in Adunanza Plenaria, né tantomeno si ravvisano presupposti per sollevare una questione di legittimità costituzionale e/o per disporre un rinvio alla Corte di Giustizia.

<sup>7</sup> Sentenze del Consiglio di Stato, adunanza plenaria, n. 17 e n. 18 del 9 novembre 2021, che hanno enunciato i seguenti principi di diritto: "1. *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 – compresa la moratoria introdotta in correlazione con l'emergenza epidemiologica da Covid-19 dall'art. 182, comma 2, d.l. n. 34/2020, convertito in legge n. 77/2020 – 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. 2. Ancorché siano intervenuti atti di proroga rilasciati dalla P.A. (e anche nei casi in cui tali siano stati rilasciati in seguito a un giudicato favorevole o abbiamo comunque formato oggetto di un giudicato favorevole) deve escludersi la sussistenza di un diritto alla prosecuzione del rapporto in capo agli attuali concessionari. Non vengono in rilievo i poteri di autotutela decisoria della P.A. in quanto l'effetto di cui si discute è direttamente disposto dalla legge, che ha nella sostanza legiferato 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 P.A. o l'esistenza di un giudicato. Venendo in rilievo un rapporto di durata, infatti, anche il giudicato è comunque esposto all'incidenza delle sopravvenienze e non attribuisce un diritto alla continuazione del rapporto. 3. Al fine di evitare il significativo impatto socio-economico che deriverebbe da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere, di tener conto dei tempi tecnici perché le amministrazioni predispongano le procedure di gara richieste e, altresì, nell'auspicio che il legislatore intervenga a riordinare la materia in conformità ai principi di derivazione europea, le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere continuano ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023, fermo restando che, oltre tale data, anche in assenza di una disciplina legislativa, esse cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento dell'U.E.*". A tal proposito, si segnala che, limitatamente alla sentenza n. 18/2021 (che aveva deciso un ricorso in appello della sentenza del TAR Puglia, Lecce n. 73/2021), è intervenuta la sentenza della Corte di cassazione, Sezioni unite, 23 novembre 2023, n. 32559, che ha cassato la citata sentenza per ragioni processuali (in quanto aveva estromesso dal giudizio tutti gli interventori titolari di un interesse legittimo). Tuttavia va precisato che la sentenza della Cassazione non riguarda la pronuncia gemella dell'Adunanza plenaria n. 17/2023, e che le successive pronunce del giudice amministrativo hanno ribadito nel merito i principi espressi da quest'ultima, in ordine all'incompatibilità con il diritto unionale della disciplina nazionale che prevedeva la proroga automatica ex lege fino al 31 dicembre 2033 delle concessioni in essere (cfr. TAR Lazio, sez. V ter, sentenza 15 dicembre 2023, n. 19051; Consiglio di Stato, sez. VII, 4 dicembre 2023 n. 10455). In particolare, il Tar Lazio nella decisione n. 19051/2023 ha quindi correttamente osservato che la sentenza della Corte di Cassazione non ha affrontato il tema della proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime, e ritenuto che conseguentemente debbano restare fermi i principi espressi dall'Adunanza Plenaria, "che riflettono gli orientamenti espressi dalla Corte di Giustizia e dalla consolidata giurisprudenza nazionale". Con tale arresto, il TAR Lazio ha ripreso

---

i principi espressi dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria n. 17 e n. 18 del 9 novembre 2021 affermando che la direttiva 123/2006/CE: i) sotto il profilo ontologico, ha natura di direttiva di liberalizzazione (e non di armonizzazione ai sensi dell' art. 115 T.F.U.E.) in quanto tesa a eliminare gli ostacoli alla libertà di stabilimento e di servizio, garantendo l'implementazione del mercato interno e del principio concorrenziale ad esso sotteso; ii) sotto il profilo dell'ambito di applicazione, riguarda anche la concessione demaniale marittima con finalità turistico-ricreativa che va qualificata quale "autorizzazione" di servizi riguardante una risorsa naturale attualmente caratterizzata, sia in ambito locale che nazionale, da "notevole scarsità" – concetto da intendersi in termini relativi e non assoluti – la cui valutazione dipende essenzialmente dall'esistenza di aree disponibili sufficienti a permettere lo svolgimento della prestazione di servizi anche ad operatori economici diversi da quelli attualmente "protetti" dalla proroga ex lege"; iii) sotto il profilo effettuale, ha carattere "self executing", avendo un livello di dettaglio sufficiente a determinare la non applicazione della disciplina nazionale che prevede la proroga ex lege fino al 2033 e a imporre, di conseguenza, una gara rispettosa dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità, non discriminazione, mutuo riconoscimento e proporzionalità. Il diritto dell'Unione impone che il rilascio o il rinnovo delle concessioni demaniali marittime o lacuali o fluviali avvenga all'esito di una procedura di evidenza pubblica, con conseguente incompatibilità sia con gli artt. 49 e 56 T.F.U.E. sia con l' art. 12 della direttiva 2016/1237 CE della disciplina nazionale che prevede la proroga automatica ex lege fino al 31 dicembre 2033 delle concessioni in essere ( art. 1, commi 682 e 683, l. n. 145/2018 e art. 182, comma 2, D.L. 19 n. 34/2020). Tali norme, pertanto, non devono essere applicate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione. A sostegno della pacifica tesi della stabilità della sentenza n. 18/2021 dell'adunanza plenaria, si ricordi che essa mantiene la sua piena valenza formale e sostanziale, essendosi peraltro la vicenda sostanziale processuale inerente a tale pronuncia si è chiusa con la sentenza C.G.A., sez. giur., 24 gennaio 2022, n. 116, che ha definito il merito della vicenda, applicando i principi di diritto affermati dall'Adunanza Plenaria. La citata sentenza n. 10455/2023 del Consiglio di Stato ha, infine, richiamato i principi dettati dalle richiamate sentenze dell'Adunanza Plenaria n. 17 e 18 del 2021 rilevando che "il rilascio delle concessioni demaniali marittime implica l'espletamento di una procedura comparativa ad evidenza pubblica nel rispetto dei principi di parità di trattamento, imparzialità e trasparenza. Le predette concessioni hanno come oggetto beni economicamente contendibili, limitati nel numero e nell'estensione, che, pertanto, possono essere dati in concessione ai privati a scopi imprenditoriali solo attraverso un confronto concorrenziale governato dai principi generali relativi ai contratti pubblici ... inoltre le norme italiane che prorogano in modo automatico le concessioni demaniali marittime sono in contrasto con il diritto europeo e, pertanto, vanno disapplicate". Per una serrata critica a tali sentenze "gemelle", si veda M. Esposito, L'intervento paranormativo dell'Adunanza plenaria sulle concessioni demaniali, in *Giurisprudenza italiana*, n. 5/2022, p. 1204. In particolare, riguardo alle perplessità sulla "graduazione nel tempo" degli effetti delle pronunce delle sentenze gemelle, si veda M. Denicolò, Al di là del prospective overruling. Note critiche a margine delle sentenze dell'Adunanza plenaria nn. 17 e 18 del 2021, in *Urbanistica e appalti*, n. 3/2022, pag. 293.

<sup>8</sup> Cfr. sentenza n. 32559 del 23 novembre 2023 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che per ragioni processuali (mancata valutazione della posizione di alcuni intervenienti) ha annullato con rinvio la decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 18 del 9 novembre 2021, impugnata, ai sensi dell'art. 111 comma 8 Cost., per motivi attinenti alla giurisdizione. In precedenza, con la sentenza 698/2022, depositata il 22 aprile 2022, la Corte di Cassazione, terza Sezione penale, è intervenuta collegandosi alle posizioni espresse dal Consiglio di Stato nelle due recenti sentenze gemelle (n. 17 e n. 18) del 9 novembre 2021, che, nell'affermare la contrarietà al diritto dell'Unione della proroga fino al 2033 delle concessioni balneari disposta dalla legge 145/2018, ne ha però disposto una proroga transitoria fino a fine 2023 delle concessioni balneari. La Corte di cassazione ha confermato il sequestro a suo tempo disposto di una concessione balneare in provincia di Genova, ritenendola non coperta da nessun provvedimento di proroga. Secondo la sua interpretazione, infatti, il decreto legge n. 194 del 2009, che dispose la prima proroga (fino al 2015) sulla base dell'accordo con la Commissione europea che portò allora all'archiviazione della procedura d'infrazione, avrebbe riguardato unicamente le concessioni nuove, "ossia successive al d.l. stesso, e non quelle già affidate alla data della sua entrata in vigore.

Repubblica<sup>9</sup>, dalla Commissione della UE<sup>10</sup>, dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato<sup>11</sup>), il legislatore italiano ha mostrato di essere alquanto riottoso.

Negli ultimi anni, anche a seguito di intensi interventi della Commissione Europea nei confronti di diversi provvedimenti legislativi italiani, sono stati attuati e si sono sovrapposti diversi provvedimenti correttivi, a partire dall'originario quadro normativo del Codice della Navigazione italiano del 1942 che di fatto consentiva un rinnovo automatico delle concessioni demaniali. Da allora sono intervenute

---

<sup>9</sup> Il Presidente della Repubblica ha promulgato la legge cd. milleproroghe (Legge 24 febbraio 2023, n. 14) ma ha contestualmente inviato alle Camere una lettera di monito. Nel merito il Capo dello stato esprime talmente tanti richiami alla norma sui balneari da spiegare che avrebbe potuto rinviare l'intero testo alle Camere, in base alla "facoltà attribuitami dall'articolo 74 della Costituzione", ed ha deciso di soprassedere solo per evitare la decadenza "con effetti retroattivi, in molti casi in maniera irreversibile, di tutte le numerose altre disposizioni che il decreto-legge contiene, determinando incertezza e disorientamento nelle pubbliche amministrazioni e nei destinatari delle norme". La materia dei balneari "è da tempo all'attenzione della Corte di giustizia europea che ha ritenuto incompatibile con il diritto europeo la proroga delle concessioni demaniali marittime disposta per legge, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati" scrive il Presidente, che nota come "le modifiche odierne, apportate a tre articoli del decreto-legge e all'articolo 1 della legge di conversione, modificano in misura rilevante il quadro normativo sopra delineato". Le modifiche potrebbero avere "l'effetto di creare ulteriore incertezza considerato che la delega in questione verrà meno fra tre giorni. Inoltre ai titolari di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali viene consentito il mantenimento dei manufatti amovibili fino al 31 dicembre 2023, con possibili casi di interferenza anche con provvedimenti giudiziari di demolizione in corso". La norma cozza dunque sia con le norme Ue che con il PNRR: le norme varate ieri "oltre a contrastare con le ricordate definitive sentenze del Consiglio di Stato, sono difformi dal diritto dell'Unione europea, anche in considerazione degli impegni in termini di apertura al mercato assunti dall'Italia nel contesto del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza". Il Presidente ritiene dunque "indispensabili, a breve, ulteriori iniziative di Governo e Parlamento. Sarà infatti necessario assicurare l'applicazione delle regole della concorrenza e la tutela dei diritti di tutti gli imprenditori coinvolti, in conformità con il diritto dell'Unione, nonché garantire la certezza del diritto e l'uniforme applicazione della legge nei confronti dei soggetti pubblici e privati che operano in tale ambito.

<sup>10</sup> Il 16 novembre 2023 la Commissione Europea ha deciso di deferire l'Italia (INFR(2020)4118 C(2023)7231) alla Corte di giustizia dell'UE in merito al quadro normativo che disciplina le autorizzazioni per l'utilizzo di beni demaniali marittimi, lacuali e fluviali per attività turistiche e ricreative. La Commissione ha ritenuto che, mantenendo proroghe indiscriminate ed ex lege delle attuali "concessioni balneari", la Repubblica italiana fosse venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi dell'articolo 12 della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno e dell'articolo 49 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Tale atto segue la precedente Procedura di infrazione n. 2020/4118, con cui la Commissione europea aveva già contestato all'Italia la violazione dell'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE (c.d. "Direttiva servizi") e dell'art. 49 TFUE, in relazione alla assegnazione e durata delle concessioni di beni demaniali marittimi lacuali e fluviali per attività ricreative e turistiche (c.d. "concessioni balneari").

<sup>11</sup> L’Autorità, in precedenti interventi di advocacy, si è più volte pronunciata sulla necessità di procedere agli affidamenti delle concessioni – tra cui quelle riguardanti i beni demaniali marittimi ed aventi finalità turistico-ricreative – mediante lo svolgimento di procedure ad evidenza pubblica. In particolare, è stato osservato che nei mercati in cui, in ragione delle specifiche caratteristiche oggettive delle attività tecniche, economiche e finanziarie, esiste un’esclusiva, o sono ammessi ad operare un numero limitato di soggetti, l'affidamento delle concessioni deve comunque avvenire mediante procedure concorsuali trasparenti e competitive, al fine di attenuare gli effetti distorsivi della concorrenza connessi alla posizione di privilegio attribuita al concessionario. Con specifico riferimento alle procedure e ai provvedimenti di proroga delle concessioni già in essere, l’Autorità ha più volte sottolineato che è nell’interesse del mercato effettuare un attento bilanciamento tra i benefici di breve periodo e i possibili costi che si potrebbero manifestare in un orizzonte temporale più ampio. La concessione di proroghe in favore dei concessionari esistenti, infatti, rinvia ulteriormente il confronto competitivo per il mercato, così impedendo di cogliere i benefici che deriverebbero dalla periodica concorrenza per l'affidamento attraverso procedure ad evidenza pubblica. Quindi, eventuali proroghe degli affidamenti non dovrebbero comunque eccedere le reali esigenze delle Amministrazioni, per consentire quanto prima l’allocazione efficiente delle risorse pubbliche mediante procedure competitive. Da ultimo, nella recente segnalazione ai sensi degli articoli 21 e 22 della legge n. 287/90 in merito a “Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza anno 2021” del 22 marzo 2021, inviata al Presidente del Consiglio dei Ministri, l’Autorità ha osservato come l’affidamento delle concessioni tramite procedure competitive consenta la piena valorizzazione del bene demaniale delle coste italiane che, come riconosciuto anche all’articolo 1, comma 675, della stessa legge n. 145/2018, rappresenta un elemento strategico per il sistema economico del Paese.

cruciali modificazioni del quadro istituzionale e normativo (a tacer d'altro, la Costituzione repubblicana del 1948 e l'Unione Europea nel 1957<sup>12</sup>) e nell'ultimo decennio la giurisprudenza europea e nazionale ha concordemente raggiunto un medesimo approdo.

Quindi, a fronte di alcuni comprensibili dubbi interpretativi che in passato potevano riguardare profili puntuali della disciplina, non è oggi (come non lo era ieri) ragionevole avere incertezze circa l'illegittimità di prorogare automaticamente le concessioni di beni demaniali marittimi e la necessità – a questo punto anche l'indifferibile urgenza - di affidare tali beni a operatori economici tramite procedure realmente competitive e per periodi di tempo limitati.

La regolamentazione di questo tema coinvolge diverse questioni, in primo luogo riguardo l'utilizzo dei beni pubblici, la cui vocazione naturale è quella di essere a servizio della collettività<sup>13</sup>. Dunque, un primo elemento di riflessione non può non essere costituito dall'opportunità o meno di forme di gestione pubblica ovvero, in alternativa, di soddisfacimento dell'interesse pubblico per mezzo dell'affidamento in concessione a terzi dell'uso di beni pubblici.

Dunque, i profili concorrenziali vengono in rilievo solo ed esclusivamente nel caso in cui la pubblica amministrazione (nel caso di specie l'ente comunale) eserciti la propria discrezionalità nel senso di motivare le ragioni che portano a preferire l'affidamento del demanio marittimo a terzi.

---

<sup>12</sup> La creazione di uno spazio economico unico basato su una libera concorrenza fra le imprese risale al Trattato di Roma del 25 marzo 1957, che ha istituito la Comunità Economica Europea, che ha poi modificato la sua denominazione in quella di Unione Europea con il Trattato di Maastricht del 1992 ed ha assunto la struttura attuale con il Trattato di Lisbona del 2007.

<sup>13</sup> I beni facenti parte del demanio pubblico marittimo sono disciplinati dal codice della navigazione, che, all'articolo 36, avente ad oggetto la «concessione dei beni demaniali», prevede che l'amministrazione marittima, compatibilmente con le esigenze del pubblico uso, può concedere l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di beni demaniali e di zone di mare territoriale per un determinato periodo di tempo. Come autorevolmente affermato “Vi è l'esigenza, ormai irrinunciabile, di razionalizzare il settore delle concessioni demaniali marittime, allo scopo di favorire la fruizione e l'accessibilità dei beni pubblici. Il prius della riorganizzazione del settore, per scardinare il monopolio dei concessionari privati su beni pubblici, è quello di tutelare la funzione sociale del demanio marittimo, direttamente riconducibile all'art. 42 Cost., e, dunque, i diritti dei cittadini, titolari di un diritto fondamentale al godimento e alla fruibilità di beni pubblici. Il principio della concorrenza, secondo una lettura non distorta dello stesso, deve tutelare il mercato con finalità tese a salvaguardare i diritti dei cittadini. È evidente che questa priorità si attua realizzando un adeguato, ragionevole e bilanciato rapporto tra aree in concessione e aree gestite secondo altre modalità, fuori dal mercato e tali da coinvolgere, anche nel rispetto del principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 Cost, associazioni e cooperative del territorio. Si tratta di valorizzare la vocazione pubblicistica del demanio marittimo prevedendo aree libere attrezzate. Solamente in questo senso si realizza la vera vocazione della concorrenza servente alla migliore tutela dei diritti dei cittadini.(...) La funzione sociale del demanio marittimo impone che, nell'esercizio del suo potere discrezionale di valutazione, la pubblica amministrazione valorizzi gli aspetti funzionali di tali beni pubblici, ponendo al centro le esigenze dei cittadini, soprattutto consentendo una fruibilità dei beni pubblici nel rispetto dei principi di solidarietà, eguaglianza e giustizia sociale. Ne consegue che le scelte della pubblica amministrazione assumono un peso notevole in questo contesto; ciò dovrebbe scongiurare la creazione di regimi di monopolio di fatto da parte di concessionari privati, la cui delega di funzioni è ormai totale e scaturisce nelle forme di un vero e proprio “disarmo” del potere pubblico. Al contrario, le istituzioni debbono conservare un ruolo di controllo e di tutela dei beni pubblici, e più in generale del territorio, garantendo in maniera ragionevole e proporzionata gli investimenti dei privati, pur nel rispetto della funzione sociale del demanio marittimo.” (A. Lucarelli, in <https://www.marelibero.eu/mare-libero-e-legittimato-a-ricorrere-al-tar-contro-le-proroghe-delle-concessioni/>)

Nel presente lavoro, ci occuperemo delle conseguenze giuridiche nel caso, appunto, di concessione a terzi operatori economici del demanio marittimo per fini balneari.

Si tratta di conseguenze importanti quanto il loro impatto economico all'interno del settore turistico (si parla infatti di circa 30 mila imprese italiane e circa 660 mila operatori, includendovi quelli dell'indotto). Tra queste, la principale è quella di individuare una procedura di assegnazione che possa conciliare gli obblighi di trasparenza e parità di trattamento con il riconoscimento economico di investimenti realizzati (e non ancora ammortizzati) e il mantenimento degli attuali livelli occupazionali. Altre questioni riguardano: l'assegnazione e lo svolgimento delle funzioni amministrative; il sistema di gestione delle concessioni (non solo in termini di concorrenza, ma anche di scelta del concessionario e di durata della concessione), la qualità e il costo dei servizi turistici e balneari, il funzionamento dei sistemi di controllo integrato delle coste (sia in termini amministrativi che ambientali), lo sviluppo economico del settore, la libera fruizione delle spiagge. Altre questioni specifiche riguardano il complesso tema della tutela ambientale, che inevitabilmente porta al confronto con altri interessi correlati in termini di proprietà dello Stato.

Dunque, la tormentata vicenda delle concessioni balneari marittime consente di fare il punto su numerose questioni<sup>14</sup>, tra cui quella dalla traiettoria dell'istituto concessorio in Italia in conseguenza dell'affermazione del principio eurounitario di concorrenza.

## **2. Dal Trattato di Roma alla Direttiva Servizi**

Le fondamenta del mercato unico sono state gettate con l'adozione del Trattato di Roma nel 1957, prevedendo l'abolizione graduale degli ostacoli alla libera circolazione di merci, servizi, attori

---

<sup>14</sup> Tra i temi oggetto di possibile analisi, che tuttavia non è possibile esaminare stanti i limiti dimensionali del presente contributo, i profili relativi ai criteri di gestione dei beni immobili demaniali (su cui si veda G. Visconti, *Le norme legislative statali sui canoni di concessione e sulla gestione del demanio marittimo dalla L.n. 296/2007 al D.L. 104/2020*, in *Immobili & proprietà*, n. 6/2022, p. 346) agli adempimenti da parte dei Comuni nel caso di mancato accatastamento (su cui si rinvia al contributo di S. Scarpino, *Gli stabilimenti balneari: accatastamento e IMU*, in *Azienditalia*, n. 5/2022, p. 950) e i connessi profili penali (su cui G. Puglisi, *Illiceità espressa e modifiche mediate: equivoci sull'abuso del demanio marittimo*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 11/2022, p. 2481). Sui profili di responsabilità derivanti dalla inerzia nel dare attuazione alla direttiva Bolkestein, si vedano i contributi di A.Conte – A. Castelli, *Concessioni demaniali marittime e risarcibilità del danno per mancata attuazione delle Direttive UE: una possibilità?*, in *Urbanistica e appalti*, n. 5/2023, p. 572; nonché E. Amante, *La responsabilità amministrativa per omessa disapplicazione delle previsioni di proroga delle concessioni demaniali*, in *Urbanistica e appalti*, n. 3/2023, p. 313. Altri temi oggetto di approfondimento potrebbero, da un punto di vista estremamente operativo, riguardare l'individuazione dei contenuti dell'esercizio della discrezionalità (ex artt. 36 Cod. Nav. e 18 delle Disposizioni att. Del Codice della Navigazione) della *lex specialis* con cui le amministrazioni comunali devono mettere a gara l'affidamento delle concessioni balneari: ad esempio il riferimento è ai temi dell'eventuale riconoscimento di un indennizzo al gestore uscente per investimenti effettuati (v. artt. 49, comma 1, e 42 del Codice della Navigazione e Corte Cost. n.220/2020), l'applicazione analogica – o comunque la *best practice* – del Codice dei contratti pubblici (che certamente non trova diretta applicazione alle concessioni di questo genere), la suddivisione in piccoli lotti e la previsione di un numero massimo di lotti aggiudicabili per favorire le PMI.

economici e capitali. L'ambito e l'importanza di questo mercato sono cresciuti costantemente negli ultimi cinquant'anni.

A partire dal 1968 i dazi doganali sono stati completamente aboliti. Tuttavia, esistono ancora ostacoli al commercio intracomunitario. Per questo motivo, nel 1986, l'Atto unico europeo, voluto da Jacques Delors, ha rilanciato l'idea di completare il mercato unico e di attuare effettivamente l'acquis comunitario e l'effettiva attuazione delle quattro libertà fondamentali (libertà di circolazione di merci, servizi, persone e capitali).

Il Trattato di Maastricht, nel 1993, ha formalizzato il completamento del mercato unico.

L'ideologia alla base di questo processo è chiaramente improntata al liberalismo<sup>15</sup>. La liberalizzazione dei servizi è quindi una parte naturale della logica generale della costruzione del mercato interno.

La vicenda delle concessioni balneari è stata profondamente segnata, a livello europeo, dalla direttiva 2006/123/CE del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno. Essa stabilisce che gli Stati membri devono applicare una procedura di selezione dei potenziali candidati al rilascio di una concessione per l'occupazione del pubblico demanio marittimo quando il numero di autorizzazioni disponibili per un'attività è limitato. La direttiva esclude inoltre qualsiasi procedura di rinnovo automatico. Anche se la direttiva è stata recepita nell'ordinamento italiano, una legge del 2018 prevedeva che le concessioni attuali fossero automaticamente prorogate fino al 31 dicembre 2033, per dare tempo alla riforma delle concessioni di essere attuata.

---

<sup>15</sup> L'approccio filosofico-politico-economico ordoliberalista è stato uno dei più influenti nel percorso di costruzione del progetto europeo e vanta anche solide radici italiane, non solo per il contributo di Spinelli, Rossi e Colorni con il manifesto di Ventotene. Infatti, la distinzione posta da Benedetto Croce (ora in *Etica e politica*, III ed., Bari, 1945, p. 316 ss.) tra il liberismo (economico) e il liberalismo (morale) aveva suscitato una notevole controversia con Luigi Einaudi, sviluppatasi dagli anni Trenta fino all'immediato dopoguerra. Alla tesi crociana secondo cui il liberalismo non implicherebbe necessariamente il liberismo, ma sarebbe al limite compatibile con la soppressione della libertà di iniziativa economica privata (pianificazione dell'economia) e della proprietà privata (comunismo), Einaudi appassionatamente replicava: «La libertà del pensiero è [...] connessa necessariamente con una certa dose di liberismo economico [...] La concezione storica del liberismo economico dice che la libertà non è capace di vivere in una società economica nella quale non esista una varia e ricca fioritura di vite umane vive per virtù propria, indipendenti le une dalle altre, non serve di un'unica volontà. In altri termini e per non lasciare aperta alcuna via al rimprovero di far dipendere la vita dello spirito dall'economia, lo spirito libero crea un'economia a se medesimo consona e non può creare perciò un'economia comunista che è economia asservita ad un'idea, qualunque sia, imposta da una volontà, per definizione e per ragion di vita, intollerante di qualsiasi volontà diversa» (L. Einaudi, *Liberismo e liberalismo*, ora in *Id.*, Il buongoverno, Bari, 1954). Considerata l'influenza che Luigi Einaudi ha avuto sugli autori del manifesto di Ventotene e che i suoi primi scritti in chiave europeista risalgono alla fine del diciannovesimo secolo, Einaudi merita di essere riconosciuto quale *Pater Patrum* dell'Unione Europea. Su tale profilo, sia consentito rimandare a M. Mariani, *Luigi Einaudi, padre dei padri dell'Europa*, in "Cittadinanza è Libertà, Pluralismo e Integrazione. Memoria, presente e futuro dell'Europa. Spunti per uno spazio pubblico di riflessione, dialogo e partecipazione", AA.VV., a cura di M. Gerace, Edizioni Kappabit, 2021, pagg. 70-73. Per una lettura anche in chiave ordoliberalista del nesso tra libertà fondamentali del Trattato e autonomia privata si veda S. Grundmann, *The Concept of the Private Law Society: After 50 Years of European and European Business Law*, in *European Review of Private Law*, 2008, p. 553 ss.

Nel 2005, la Direttiva cd "Bolkestein" provocò una serie di proteste per il suo carattere ritenuto troppo liberista, e dunque venne sostanzialmente emendata prima di essere infine adottata nel 2006. Dal 28 dicembre 2006, gli Stati membri hanno avuto tre anni di tempo per recepire la direttiva nei loro ordinamenti nelle rispettive legislazioni nazionali.

Questa direttiva, che completa il Mercato Unico, non annuncia nulla di nuovo poiché si limita a rendere effettivo un obiettivo già programmato nel Trattato di Roma, ovvero la quarta libertà, la libera circolazione dei servizi nell'Unione Europea. La direttiva rende necessarie la semplificazione e l'armonizzazione delle normative a livello nazionale, l'abolizione delle barriere all'ingresso nel mercato e la fornitura di servizi transfrontalieri. Attraverso questa direttiva sui servizi, la Commissione ha inteso estendere orizzontalmente lo spettro delle liberalizzazioni a una gamma più ampia di settori. Questo spettro è definito dai casi di esclusione dal suo ambito oggettivo di applicazione: la direttiva si applica a tutti i servizi ad eccezione dei servizi soggetti a un quadro normativo settoriale (servizi finanziari, servizi di comunicazione elettronica, servizi audiovisivi, settori dei trasporti e dell'energia), servizi sanitari, alcuni servizi sociali (in particolare l'edilizia sociale e assistenza all'infanzia) e servizi di interesse generale non economico.

### **3. La specificità dei servizi legati all'interesse generale nella Direttiva Bolkestein**

Sebbene il testo affermi che la direttiva riguarda solo i "*servizi forniti dietro corrispettivo economico*", vi è una certa incertezza giuridica intorno alla definizione di "servizi di interesse generale non economici" e di "servizi di interesse generale"<sup>16</sup>, che comporta incertezze riguardo allo spettro dei servizi ad essa soggetti. Si tratta di una questione cruciale poiché i servizi che rientrano nel campo di applicazione della direttiva sono ora in gran parte soggetti alle regole della libera concorrenza, a differenza dei servizi che ne sono esclusi e che possono continuare a beneficiare di sovvenzioni. Ulteriori incertezze sussistono anche perché le modalità di applicazione della direttiva sono lasciate alla discrezione degli Stati membri: i "servizi sociali di interesse generale" sono considerati servizi di interesse economico generale e rientrano pertanto a priori nell'ambito di applicazione della direttiva. Tuttavia, stiamo gradualmente riconoscendo il posto essenziale che occupano all'interno dell'economia europea<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Su questa distinzione e più in generale per un inquadramento sistematico della disciplina dei servizi pubblici italiani nel contesto eurolunitario, sia consentito rinviare a M. Mariani (a cura di), *Diritto dei servizi pubblici*, Key, 2022.

<sup>17</sup> Questi servizi rappresentano un'importante fonte di reddito, ma portano anche valori di uguaglianza, inclusione e solidarietà. Attraverso questi valori, i servizi partecipano alla coesione sociale e territoriale dell'Europa e, più in generale, al modello sociale europeo. È stato spesso sottolineato anche il ruolo stabilizzatore, sia economico che sociale, di tali servizi, in quanto sono stati in grado di mitigare gli effetti della recente crisi economica, ed è per questo che il Trattato di

#### **4. I fondamenti politici e ideologici del diritto europeo della concorrenza**

Nell'ambito del diritto europeo, il diritto della concorrenza è l'ambito privilegiato per l'attuazione delle politiche a tre livelli (legislativo, normativo e giudiziario).

Non è una novità. Il moderno diritto europeo della concorrenza nasce da una duplice matrice ideologica (l'ordo-liberalismo tedesco<sup>18</sup> e la tradizione antitrust americana<sup>19</sup>) e fin dall'inizio è stato segnato da tensioni tra le tradizioni economiche, politiche e giuridiche degli Stati membri, che si sono acuite con ogni allargamento (interventismo francese, ordo-liberalismo tedesco, liberalismo britannico o olandese, welfare state scandinavo). Ciò non sorprende: il diritto europeo della concorrenza è un diritto economico europeo. È quindi pragmatico per natura, in quanto ispirato

---

Lisbona, alla fine del 2009, ha dato una svolta decisiva. Alcuni progressi riguardano direttamente il settore dei servizi e riannodano il dibattito sul quadro di qualità ad esso specifico: l'articolo 14 del Trattato e il Protocollo 26 sui servizi di interesse generale. L'articolo 14 crea una base giuridica specifica per l'adozione di norme sui servizi di interesse economico generale, soggetti alla direttiva. L'articolo riconosce la missione specifica di questi servizi e il loro ruolo nel promuovere la coesione sociale e territoriale.

<sup>18</sup> L'ordoliberalismo si è proposto non solo come teoria economica, ma anche come teoria della società e, in quanto tale, non poteva prescindere dall'etica". Esso matura negli ambienti della scuola di pensiero di Friburgo, a cavallo delle due grandi guerre del Novecento. Le prime mosse risalgono al 1936 quando Walter Eucken, professore di economia politica a Friburgo, fonda la rivista "Ordo", da cui deriva il nome "ordoliberalismo". Ma è con l'economista Ludwig Erhard, il padre del miracolo economico tedesco del secondo dopoguerra, chiamato nel 1951 al ruolo di ministro dell'Economia della Repubblica Federale Tedesca nel Governo di Konrad Adenauer, che gli studiosi del gruppo "Ordo" tracciano le linee fondamentali della politica economica della Germania post-hitleriana individuando la strada dell'"economia sociale di mercato" improntata al primato della politica monetaria sulla politica fiscale, all'allineamento dei prezzi sull'offerta delle merci, all'equità sociale nella progressiva distribuzione del benessere. La concezione ordolibérale dell'economia, della società e dei metodi per governarle è stata successivamente estesa al contesto comunitario nella costruzione del quadro filosofico-economico-giuridico dell'Unione europea così come oggi lo conosciamo.

<sup>19</sup> La tradizione antitrust americana ha influenzato profondamente l'Europa. Introdotta per la prima volta in Canada, con l'approvazione nel 1889 delle leggi contro gli accordi restrittivi della concorrenza, le origini del diritto antitrust vengono comunemente fatte risalire allo Sherman Antitrust Act, la prima legge antitrust, emanata dal Congresso degli Stati Uniti concretamente applicata nel 1911 contro l'impero petrolifero creato dal magnate John Davidson Rockefeller e contro l'American Tobacco Company. Nel secondo dopoguerra furono varate legislazioni antimonopolistiche nei principali paesi industrializzati. Un considerevole sviluppo si manifestò nell'Europa comunitaria grazie al pensiero dei padri fondatori delle Comunità europee, per i quali un ordinamento economico e sociale democratico si fondava su un sistema di mercato concorrenziale. Fu così che nel Trattato di Roma del 1957 furono disciplinate le fattispecie delle intese restrittive e dell'abuso di posizione dominante (ex artt. 101 e seguenti del Trattato nella numerazione attuale post-Trattato di Lisbona) e, successivamente, con Regolamento n. 4064/89 del Consiglio del 21 dicembre 1989, le concentrazioni. In Italia nel 1990 fu approvata la legge 10 ottobre 1990, n. 287, recante "*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*". La legge introduce due fondamentali forme di violazione: l'abuso di posizione dominante e l'intesa restrittiva della concorrenza. Il complesso normativo, detto anche Diritto antitrust o Diritto della concorrenza, esercita una tutela di carattere generale al bene primario della concorrenza inteso quale meccanismo concorrenziale, impedendo che le imprese, singolarmente o congiuntamente, pregiudichino la regolare competizione economica adottando condotte che integrano intese restrittive della concorrenza, abusi di posizione dominante e concentrazioni idonee a creare o rafforzare una posizione di monopolio. In secondo luogo, per estensione, viene definito "antitrust" anche l'organo o autorità che vigila sull'osservanza e il rispetto di tali norme, che in Italia prende il nome di Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM). Le norme Antitrust rappresentano quindi la risposta dei moderni ordinamenti giuridici all'eccesso di poteri di mercato e alle distorsioni ad esso arrecate da accordi fra produttori.

all'economia, e finalistico per essenza, in quanto cerca di raggiungere i numerosi e vari obiettivi dell'Unione europea

Siano consentite due osservazioni.

In primo luogo, i concetti di base del diritto della concorrenza ("mercato", "attività economica", "impresa") sono estremamente flessibili: questi concetti sono detti "funzionali", cioè il loro significato deriva direttamente da una funzione che da sola conferisce loro una vera unità. In questo senso, si contrappongono alle nozioni concettuali, la cui sostanza trascende i confini delle classificazioni giuridiche in cui sono invocate.

Intrinsecamente malleabili, questi concetti non possono essere definiti a priori, poiché possono essere compresi solo attraverso il prisma degli scopi successivi assegnati loro dalle autorità garanti della concorrenza e dalla giurisprudenza. Eppure, i termini utilizzati non sono cambiati dal primo trattato europeo (Trattato CECA, 1951) e la loro applicazione è profondamente cambiata in oltre 70 anni.

Quindi non deve cambiare nulla perché tutto cambi (per riprendere, in modo paradossale, la famosa citazione di Giuseppe Tomasi di Lampedusa dal romanzo *Il Gattopardo*): in questo caso, nulla è cambiato (i testi normativi) ma tutto è cambiato (l'interpretazione e l'attuazione).

Per esempio: la nozione di "impresa" nel diritto europeo della concorrenza è definita con riferimento a un'"attività economica", nozione a sua volta funzionale e definita secondo un metodo essenzialmente casistico (e talvolta tautologico). È la giurisprudenza, non il legislatore, a definire quali attività rientrano o meno nell'ambito del mercato. Lo studio di questa giurisprudenza mostra che il mercato è la regola, il non mercato l'eccezione (dominio sovrano, dominio sociale).

La seconda osservazione riguarda la natura eminentemente politica delle scelte operate dalle autorità garanti della concorrenza e, successivamente, dai tribunali.

Poiché il diritto della concorrenza si basa su concetti funzionali il cui significato varia a seconda degli scopi ad essi assegnati, è necessario esaminare quali sono questi scopi e considerare come si sono evoluti nel tempo.

## **5. L'evoluzione degli obiettivi**

Inizialmente, il diritto europeo della concorrenza era visto principalmente come uno strumento per completare il mercato unico. Nella sentenza *Metro* del 25 ottobre 1977 (causa 26/76) si legge: *"considerando che una concorrenza non falsata (...) implica l'esistenza sul mercato di una*

*concorrenza praticabile, vale a dire il grado di concorrenza necessario a garantire il rispetto dei requisiti e degli obiettivi fondamentali del Trattato e, in particolare, la creazione di un mercato unico che realizzi condizioni analoghe a quelle di un mercato interno".*

Nella seconda fase, una volta realizzato il mercato interno negli anni '90, è iniziata la fase che è stata talvolta descritta come il "Trentennio glorioso" del diritto della concorrenza<sup>20</sup>.

I riferimenti temporali sono sempre soggettivi e possono variare, ma possiamo datare questo periodo, approssimativamente, dalla metà degli anni '80, con la preminenza delle teorie della scuola di Chicago, fino alla metà degli anni '10. È stato il periodo in cui la lotta contro i limiti del mercato interno è stata portata avanti con crescente successo.

È stato questo il periodo in cui si è intensificata la lotta ai cartelli (che ancora esistevano in molti settori industriali, compreso quello chimico), si è affermato il paradigma del primato del benessere dei consumatori e si è accettata una forma di ostilità all'intervento dello Stato. A questo proposito, basti ricordare che il piano d'azione adottato dalla Commissione europea nel 2005 sugli aiuti di Stato è intitolato "Aiuti di Stato meno numerosi e più mirati: una tabella di marcia per la riforma degli aiuti di Stato 2005-2009".

Sebbene vi sia un consenso sull'obiettivo di una migliore focalizzazione degli aiuti, sarebbe difficile trovare nel Trattato una disposizione che attribuisca alla Commissione il potere di decidere il livello assoluto degli aiuti ritenuti compatibili con il mercato.

Tuttavia, a seguito di una serie di crisi<sup>21</sup>, negli ultimi anni siamo probabilmente entrati in una nuova fase, anche se è ancora difficile individuarne le caratteristiche esatte.

Per circa trent'anni, il diritto della concorrenza "ortodosso" ha creduto di essere apolitico, grazie alle buone cure di due madrine (o piuttosto di un padrino e di una madrina): il formalismo giuridico, che avrebbe dovuto garantirne la prevedibilità, e la razionalità della scienza economica, che avrebbe dovuto garantirne la precisione. Ma nessuno dei due può essere dato per scontato.

---

<sup>20</sup> L'analogia è con il cd. "trentennio glorioso" dell'economia, riferito al periodo 1945/1975.

<sup>21</sup> La crisi del debito sovrano del 2008-2009 è stata causata da fallimenti del mercato (il mercato immobiliare statunitense) ed è stata messa sotto controllo solo da un massiccio intervento dello Stato; la Brexit ha dimostrato che l'UE potrebbe non essere eterna; la crisi climatica è percepita come una minaccia esistenziale; la crisi di Covid-19 ha gettato un duro riflettore su alcune dipendenze delle nostre economie europee e le guerre in Ucraina e in Medio Oriente hanno brutalmente dimostrato che il futuro della civiltà è a rischio.

E poi, pretendere di essere "apolitici" non è forse il modo migliore di fare politica, squalificando ogni voce critica come politicamente di parte? Negli ultimi anni abbiamo riscoperto che il diritto della concorrenza è intriso di valori e quindi di scelte politiche<sup>22</sup>:

Sulla base di queste due osservazioni, arriviamo alla domanda essenziale: dal momento che i concetti di base del diritto della concorrenza hanno senso solo in funzione degli obiettivi loro assegnati, e che questi obiettivi sono intimamente politici, chi li decide?

La prima risposta è ingannevolmente semplice: l'Europa. È ovvio che sia così. Ma chi in Europa? La Commissione, si potrebbe dire, e senza dubbio con qualche giustificazione. I trattati attribuiscono alla Commissione un ruolo unico nell'attuazione del diritto della concorrenza. La Commissione gode di un'innegabile preminenza nell'elaborazione e nell'attuazione del diritto della concorrenza. Questa preminenza è facilitata dalla debole influenza degli Stati membri (come dimostra, ad esempio, il "patteggiamento" franco-tedesco che ha seguito la decisione di vietare la fusione Alstom-Siemens nel 2019) e dalla quasi inesistenza del Parlamento europeo, tranne quando la base giuridica su cui vengono adottati i testi ispirati alla concorrenza gli conferisce lo status di co-legislatore (ne sono esempio, la legge sul mercato digitale o il regolamento sui sussidi esteri).

Tuttavia, sarebbe un errore concentrarsi sulla Commissione. La Commissione non lavora completamente in una torre d'avorio, né a monte né a valle.

A monte, il processo di elaborazione delle norme di diritto della concorrenza (compresi, e soprattutto, i testi di soft law) evidenzia una complessa interazione tra diversi attori: gli Stati membri, la Commissione, le autorità nazionali garanti della concorrenza e anche gli "esperti", cioè la comunità di specialisti (accademici, giuristi, lobbisti, ecc.).

A valle, il ruolo politico dei tribunali non può essere sottovalutato. C'è molto da dire sulla nozione particolarmente delicata di "politica giurisprudenziale"<sup>23</sup>. Tradizionalmente, si suppone che i giudici si esprimano solo attraverso le loro sentenze, a meno di non cadere nella critica, spesso sentita, del "governo dei giudici", che è stata ed è tuttora ripresa da ampi settori dell'opinione pubblica dell'UE.

---

<sup>22</sup> Queste sono solo alcune delle domande cruciali che richiedono necessariamente una risposta politica, nel senso di preferire o meno alcuni interessi. Dobbiamo favorire l'innovazione e l'emergere di campioni europei, anche se dominanti? Dobbiamo concentrarci sul consumatore attraverso il prisma del prezzo e della varietà? Dobbiamo proteggere le PMI? Quale posto va dato ai servizi pubblici: sanità, istruzione, ecc. nell'ambito dei servizi di interesse economico generale (SIEG)? Quale ruolo dovrebbe svolgere lo Stato nella protezione degli interessi strategici (militari, sì, ma anche infrastrutture energetiche e di comunicazione, ecc.)?

<sup>23</sup> Sul punto si rinvia a M. Cavino - C. Tripodina, La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale. Casi difficili alla prova, Giuffrè, 2012.

Eppure "giudicare è un atto politico", soprattutto quando il giudice interpreta concetti malleabili. Storicamente, le grandi sentenze fondanti della Corte di giustizia dell'UE (in particolare Van Gend & Loos del febbraio 1963 sul principio dell'effetto diretto e Costa contro Enel del luglio 1964 sul principio del primato del diritto europeo) sono sentenze "politiche", al servizio di una visione integrazionista.

Ma una politica giurisprudenziale non è una "politica" come le altre: si sviluppa lentamente e silenziosamente; non si afferma; non si costruisce a priori ma si stabilisce a posteriori, sulla base di uno stratificarsi (e sedimentarsi) di decisioni su casi individuali. Nel diritto europeo, dove i contendenti non hanno accesso diretto alla Corte di giustizia, la politica giurisprudenziale si sviluppa solo attraverso la conferma o l'annullamento di decisioni della Commissione o in risposta a questioni preliminari presentate dai tribunali nazionali. Quindi c'è sempre un filtro.

La complessità del processo di elaborazione e revisione del diritto europeo della concorrenza è proporzionale alla posta in gioco politica, cioè gigantesca. Ciò rende la sfida democratica ancora più avvincente.

Con una sentenza del 20 aprile 2023 (causa C-348/22), la Corte di giustizia dell'Unione europea ha stabilito che le concessioni per l'occupazione del demanio marittimo devono essere soggette a una procedura di selezione. Non possono essere rinnovate automaticamente, anche se una legge nazionale lo prevede<sup>24</sup>.

Tale importante arresto giurisprudenziale deriva da una controversia sorta in Italia. Con una decisione del 24 dicembre 2020, il Comune di Ginosa ha applicato la legge italiana e ha prorogato le concessioni per l'occupazione del pubblico demanio marittimo all'interno del proprio territorio. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) ha inviato un parere motivato al Comune, ricordandogli le regole stabilite dalla Direttiva del 12 dicembre 2006 e chiedendogli di non applicare le norme nazionali. Al rifiuto del Comune, l'AGCM ha presentato un ricorso al TAR Puglia per l'annullamento della decisione del Comune di Ginosa. Il tribunale ha sottoposto alla CGUE diverse questioni pregiudiziali al fine di accertare l'ambito di applicazione della direttiva, la sua validità, la sua natura e gli effetti della sua applicazione.

Nella citata sentenza del 20 aprile 2023, la CGUE ha affermato innanzitutto che la direttiva del 2006 si applica a qualsiasi concessione per l'occupazione del pubblico demanio marittimo, sia che abbia un

---

<sup>24</sup> Per un commento adesivo sui principi affermati e sulla sottesa visione ordinamentale, si veda E. Chiti, Le concessioni demaniali marittime e la Corte di Giustizia, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5/2023, p. 629.

interesse transfrontaliero certo<sup>25</sup> sia che riguardi solo una situazione circoscritta all'interno di uno Stato membro.

La Corte ha poi affermato che i criteri utilizzati dagli Stati membri per valutare la scarsità delle risorse naturali possono combinare un approccio generale e uno caso per caso, basato sull'analisi del territorio costiero del comune interessato. In definitiva, i criteri utilizzati devono basarsi su considerazioni oggettive, non discriminatorie, trasparenti e proporzionate. A tal proposito va menzionato anche il non commendevole risultato del “tavolo tecnico” istituito dal Governo italiano nel 2023 per valutare la “scarsità” della risorsa e che era giunto al risultato di mappare il 33% delle coste come occupate da stabilimenti in concessione, quindi un esito apparentemente di non scarsità: tuttavia la Commissione UE ha già eccepito a tal riguardo vari elementi, tra cui che tali risultati sono ottenuti includendo nel calcolo anche aree di costa rocciosa e impervie, nonché la mancata considerazione di situazioni specifiche territoriali.

Infine, la CGUE ha ritenuto che l'obbligo per gli Stati membri di rispettare una procedura di selezione tra i potenziali candidati sia stabilito incondizionatamente e con sufficiente precisione nella direttiva. Lo stesso vale per il divieto di rinnovo automatico delle licenze concesse. Poiché tali norme hanno effetto diretto, la Corte ha ritenuto che debbano essere applicate dalle autorità nazionali (anche locali). Se del caso, le autorità nazionali devono disapplicare le norme nazionali non conformi alla direttiva.

## **6. In particolare, la coincidenza a livello europeo dell'approccio politico e giudiziario**

In questo senso è anche la posizione della Commissione europea, che dal 2000, oltre a confermare l'applicabilità dei principi dell'evidenza pubblica alle concessioni di beni (a prescindere dalla denominazione della fattispecie e quindi dalla sua qualificazione interna in termini pubblicitici e privatistici), ha inoltre evidenziato che quando le amministrazioni pubbliche intendono procedere all'affidamento di beni attraverso concessioni amministrative, devono rendere nota, con opportune forme di divulgazione, non solo l'intenzione di procedere con una concessione, ma anche tutte le informazioni necessarie ai potenziali concessionari per poter valutare il loro interesse e partecipare

---

<sup>25</sup> Sul tema dell'“interesse transfrontaliero certo”, si segnala l'ordinanza 6 settembre 2023 n. 8184 della settima sezione del Consiglio di Stato, che, nel rispondere ad una richiesta di chiarimenti della Corte di giustizia in relazione ad altra concessione balneare (causa pendente C-598/22), ha precisato che si trattava comunque di concessione che «presenta un “interesse transfrontaliero certo” in quanto la risorsa materiale è scarsa e il mercato di riferimento, caratterizzato dall'impiego strumentale del bene per la prestazione di servizi dietro remunerazione, attrae gli investimenti sia degli operatori economici nazionali, sia di quelli degli altri Stati membri, divenendo il bene demaniale, nella sostanza, uno degli elementi dell'azienda e, dunque, dell'impresa economica».

alla procedura, come ad esempio l'indicazione dei criteri di selezione e assegnazione, l'oggetto della concessione e le prestazioni attese dal concessionario<sup>26</sup>.

Le conclusioni raggiunte a livello comunitario sono pienamente condivise dai tribunali nazionali. Il Consiglio di Stato ha avuto modo in più occasioni di allinearsi all'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, riconoscendo i principi di protezione della tutela della concorrenza che trascendono l'ambito di applicazione delle singole direttive. In particolare, secondo recenti sentenze del Consiglio di Stato, l'assoggettamento ai principi di apertura al pubblico può essere ipotizzata nella circostanza in cui la concessione di un bene pubblico un bene pubblico comporti un'opportunità di generazione di reddito per i soggetti che operano sul mercato, imponendo una procedura competitiva improntata ai già citati principi di trasparenza e non discriminazione.

D'altra parte, nei suoi termini essenziali la questione è piuttosto semplice: perché mai lo Stato dovrebbe concedere l'uso di beni pubblici a soggetti privati senza alcuna forma di selezione imparziale e senza una adeguata remunerazione, tanto più se a tempo indeterminato?

Per rispondere a questa elementare domanda basterebbe la diligenza del buon padre di famiglia, ma l'assenza di senso civico e l'avversione per la concorrenza rendono complesso ciò che in realtà è semplice

## **7. Conclusioni**

Quanto esposto nei paragrafi precedenti mostra con evidenza lo scarto (apparentemente incolmabile in questa fase) tra posizioni assunte a livello europeo (e a livello nazionale italiano dalle istituzioni di garanzia) e le rivendicazioni locali di matrice politico-corporativo-protezionistica. Sullo sfondo di

---

<sup>26</sup> Da ultimo, nel novembre 2023 il Commissario UE Thierry Breton ha intimato al Governo italiano di fornire chiarimenti in ordine ai "sorprendenti" risultati del "tavolo tecnico" istituito per mappare la diffusione degli stabilimenti balneari in concessione in Italia, giunto alla conclusione che solo il 33% delle coste italiane sarebbe occupato e pertanto non potrebbe parlarsi di una "risorsa scarsa. La Commissione UE ha eccepito che «In primo luogo, tale percentuale del 33% è calcolata rispetto al totale dell'area demaniale, solo *al netto di aree militari e secretate*. Pertanto, il calcolo di tale percentuale non sembra assumere come base di riferimento le aree demaniali effettivamente ed attualmente "disponibili" in capo ai comuni per i servizi di concessione balneare". In particolare il documento chiarisce che sono state incluse anche *le aree di costa di minore accessibilità per condizioni naturali* ("potendo" essere interessate — anche se teoricamente — da *investimenti di riqualificazione tali da renderle attrattive per lo sviluppo di nuove attività economiche*). Secondo l'indagine italiana oggetto di contestazione della Commissione, il totale delle aree disponibili *non deve riguardare unicamente le parti sabbiose, ma è da includersi anche la parte di costa rocciosa, poiché su quest'ultima è possibile installare strutture turistico-ricreative*. Inoltre, in alcuni casi, opere a difesa della costa sono state concretamente utilizzate a fini turistico-ricreativi. Pertanto, tutte le parti *della costa rocciosa* sono state considerate "aree disponibili", presupponendo la loro generale idoneità ad essere soggette a concessioni balneari solo perché "è possibile" installare strutture turistico-ricreative e perché "in alcuni casi" opere a difesa della costa sono state utilizzate per attività turistiche». Va da sé che, proseguendo con tale metodo (se così si può definire) di indagine, pare inevitabile la sottoposizione dell'Italia a sanzioni, che ricadrebbero (ancora una volta) non solo sulle categorie professionali che si avvantaggiano di questi ingiustificabili privilegi, bensì su tutti i contribuenti.

questo scontro di interessi, tra innovazione-legalità e difesa corporativa di privilegi acquisiti in spregio a principi e disposizioni delle fonti di produzione del diritto di rango costituzionale e comunque superiori rispetto a quelle nazionali di rango primario, c'è sullo sfondo il processo di inesorabile erosione della categoria nazionale delle concessioni amministrative, sempre più attratte ai moduli generali dell'azione amministrativa, che si connotano per la crescente perdita delle caratteristiche tradizionali di unilateralità e della imperatività tipiche del provvedimento amministrativo tradizionale<sup>27</sup>. In questa traiettoria dell'istituto concessorio, si vedono affievolirsi le tradizionali distinzioni con gli accordi amministrativi di matrice sostanzialmente contrattuale (cfr. art. 11 della legge n. 241/1990), che certamente meglio si coniugano con gli obiettivi pro-concorrenziali europei. Ciò costituisce altresì un interesse nazionale, perfettamente coerente con i principi di legalità, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa declinati dall'art. 97 della Costituzione. Nonché, verrebbe da aggiungere, dal rispetto delle ordinarie regole con le quale il *bonus pater familias* gestisce i suoi beni.

Per le ragioni sopra esposte, il tema delle concessioni balneari offre notevoli spunti di riflessione non solo riguardo ai profili prettamente giuridici-amministrativi inerenti i cd. "rami bassi" dell'ordinamento nazionale.

In primo luogo, il tema è indubbiamente di stretta attualità. Lo si deve ammettere con un notevole grado di disagio, perché è quanto meno dal 2006 (vale a dire dalla cd. Direttiva Bolkestein) che è presente nell'agenda politica italiana senza che la situazione abbia, nei fatti, fatto decisivi passi in avanti (mentre ne ha fatti moltissimi, sicuramente più di quelli necessari, dal punto di vista formale, essendo ripetutamente intervenute Autorità amministrative, Corti nazionali ed europee per chiarire ciò che sin dall'inizio si voleva far finta di non intendere).

---

<sup>27</sup> Su tale aspetto, si rinvia al contributo di R. Dipace, L'incerta natura giuridica delle concessioni demaniali marittime: verso l'erosione della categoria, in *Diritto e Società*, 3/2021, p. 419. Per un attento esame dell'evoluzione dell'istituto concessorio alla luce dell'ordinamento europeo, si veda F. Sciarretta, L'incerta dimensione negoziale dei contratti pubblici, in *Rivista elettronica di Diritto, Economia, Management*, n. 1/2020, p. 122.

In questo, la vicenda ricorda quella delle concessioni di uso di beni pubblici per il commercio ambulante<sup>28</sup> e delle licenze di taxi<sup>29</sup>, accumulata dal rapporto tra interessi generali e istanze private (o, se si preferisce, corporativistiche).

Tuttavia non è la forza delle lobby di settore (che ci sono e sono assai influenti) il vero punto, che invece è rappresentato nel nostro Paese dalla insufficiente cultura della concorrenza.

Infatti la situazione non migliora affatto quando si volge lo sguardo dalle attività private a quelle pubbliche di rilievo economico. Qui il riferimento è chiaramente al settore dei servizi pubblici (o servizi di interesse generale, come vengono definiti a livello europeo), a cominciare da quelli locali, in cui i principi di concorrenza (per il mercato o nel mercato) stentano ad affermarsi. Si pensi, ad esempio, che l'apertura al mercato del settore della distribuzione del gas è prevista dal cd. Decreto Letta del 2000, ma ad oggi si contano sulle dita di una mano le gare svolte per l'affidamento (obbligatorio) della gestione del servizio a terzi.

In tutti questi casi siamo di fronte alla medesima concezione miope e di chiusura corporativa, espressione della più classica rendita di posizione acquisita e perpetrata nel tempo grazie al

---

<sup>28</sup> La legge sulla concorrenza 2022 (L. 30 dicembre 2023, n.214) è intervenuta sulle modalità di assegnazione delle concessioni di posteggio per il commercio su aree pubbliche, abrogando le norme che escludono l'attività di commercio su aree pubbliche dall'ambito di applicazione della direttiva 2006/123/CE cd. Bolkestein. A partire dal 2024 le concessioni di posteggio per l'esercizio del commercio su aree pubbliche sono rilasciate, per una durata di dieci anni, sulla base di procedure selettive, nel rispetto dei principi di imparzialità, non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza e pubblicità, secondo linee guida adottate dal Ministero delle imprese e del made in Italy, previa intesa in sede di Conferenza unificata, ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, da sancire entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge. Al fine di potenziare la concorrenza, le linee guida tengono conto dei seguenti criteri: a) prevedere, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato e a tenere conto della professionalità e dell'esperienza precedentemente acquisite nel settore di riferimento; b) prevedere la valorizzazione dei requisiti dimensionali della categoria della microimpresa; c) prevedere un numero massimo di concessioni di cui, nell'ambito della medesima area mercatale, ciascun operatore può essere titolare, possessore o detentore, a qualsiasi titolo. Tuttavia la stessa legge sulla concorrenza per il 2022 ha previsto la proroga (di 12 anni) per le attuali concessioni degli ambulanti più lunga di quella che a regime sarà la durata (10 anni) dei nuovi affidamenti con gara. E per questo il Presidente della Repubblica, pur promulgando la legge per evitare vuoti nel recepimento di norme eurounitarie, ha inviato al Parlamento un messaggio con cui definisce questa proroga "eccessiva e sproporzionata": si tratta di un monito e un auspicio a intervenire con "ulteriori iniziative di Governo e Parlamento" per sanare i "profili di contrasto con il diritto europeo e con decisioni giurisdizionali definitive". Secondo il Capo dello Stato, la normativa in vigore dal 31 dicembre, finisce per accrescere l'incertezza del quadro normativo, "determinando la necessità di garantire la certezza del diritto e l'uniforme interpretazione della legge da parte di tutti i soggetti coinvolti". Infatti, già prima della legge sulla concorrenza sopra richiamata, la giurisprudenza aveva affermato che i Comuni devono disapplicare la norma nazionale (articolo 181, comma 4-bis del DI 34/2020) che prevede il rinnovo automatico pluriennale delle concessioni in favore dei titolari di posteggio per mercati e fiere. Al massimo, le concessioni restano valide fino al 31/12/2023 (sentenza n. 539/2022 del Tar Lazio; Consiglio di Stato, Sez. VII, sentenza 19 ottobre 2023, n. 9104).

<sup>29</sup> Merita qui di essere ricordata la recente sentenza della Corte costituzionale del 19.7.2024, n. 137, che ha dichiarato illegittimo (per violazione degli artt. 3, 41, primo e secondo comma, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 49 TFUE) l'articolo 10-bis, comma 6, del decreto-legge n. 135 del 2018. Secondo la Corte il divieto di rilasciare nuove autorizzazioni per il servizio di noleggio con conducente (NCC) sino alla piena operatività del registro informatico nazionale delle imprese titolari di licenza taxi e di autorizzazione NCC ha consentito, per oltre cinque anni, «all'autorità amministrativa di alzare una barriera all'ingresso dei nuovi operatori», compromettendo gravemente «la possibilità di incrementare la già carente offerta degli autoservizi pubblici non di linea».

susseguirsi di atti ciascuno dei quali più o meno formalmente legittimi. Date queste premesse, non stupisce che nessuno si sia preoccupato delle conseguenze negative di siffatto andazzo di formale legittimazione dell'innalzamento di barriere insormontabili di accesso al mercato da parte di nuovi imprenditori, in dispregio non solo dell'art. 49 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea.

Dunque, non vi è chi non veda che il punto critico è sempre lo stesso: la diffusa allergia in questo Paese per la concorrenza. Un' avversione diffusa di cui, come è naturale, anche molte forze politiche sono interpreti.

Passando dal quadro giuridico-politico a quello più empirico e materiale della soddisfazione dei cittadini, la situazione non cambia, se non nel senso di peggiorare. E' infatti diffuso e acclarato il malcontento dei cittadini consumatori per la qualità e i prezzi dei servizi balneari marittimi, per non parlare di quelli dei taxi, che nelle principali città italiane sono oramai introvabili nei periodi di maggior richiesta, con ben immaginabili conseguenze sull'economia e sulla tutela delle persone fragili. Anche in questo fa da *pendant* la situazione dei servizi pubblici non liberalizzati.

Il costo della mancata applicazione dei principi di concorrenza è sotto gli occhi di tutti, ma poiché i pochi "privilegiati" sono molto più motivati e agguerriti dei ben più numerosi cittadini "svantaggiati", la loro voce prevale. Questo nonostante sia evidente che un mercato che impedisce l'accesso a terzi in condizioni di parità è non solo inefficiente, ma anche iniquo. Quindi ne fanno le spese, non solo la qualità dei servizi e i prezzi pagati dai consumatori, ma anche la creatività e l'innovazione che nuovi imprenditori potrebbero portare nel settore.

Non stupisce, purtroppo, che in questa situazione la politica sia principalmente silente e impegnata a rassicurare i "vocianti" privilegiati attraverso proroghe e altre misure dilatorie dell'obbligo di assegnazione di benefici pubblici tramite gara.

In conclusione, città sporche, file interminabili per trovare un taxi, servizi pubblici scadenti pur a fronte di una pressione fiscale elevatissima e prezzi alti dei servizi balneari sono diverse facce della stessa medaglia: l'assenza di concorrenza. La cartina di tornasole è il raffronto con le altre città e realtà europee e mondiali, che ci pone agli ultimi posti fra i Paesi sviluppati.

I cittadini italiani, o i turisti stranieri che ancora ci scelgono per il loro tempo libero, prima o poi dovranno farsi questa domanda: *Quousque tandem abutere patientia nostra?* Infatti, il principio di concorrenza è il presupposto per il conseguimento di un mercato interno libero, dinamico e funzionale, nonché per lo sviluppo di un benessere economico comune attraverso il riconoscimento del successo delle imprese migliori incentivandole al tempo stesso a sforzarsi di offrire ai consumatori i migliori prodotti al miglior prezzo, il che, a sua volta, guida l'innovazione e favorisce la crescita

economica a lungo termine. Insomma, un'esigenza che dovrebbe essere in primo luogo rivendicata proprio nell'interesse egoistico nazionale italiano, mentre a fronte di soluzioni offerte dal diritto sembrano prevalere istanze politiche irresponsabili e demagogicamente orientate alla tutela di inconfessabili interessi egoistici-corporativi.

Quale ultimo episodio della idiosincrasia tutta, per così dire, "italian-italica" ai principi della concorrenza (e più in generale del merito, che non tollera difese corporative di privilegi ingiustificati), il Presidente della Repubblica ha promulgato (per senso di responsabilità istituzionale, trattandosi di una materia incidente sul PNRR) in data 30 dicembre 2023 la legge annuale n. 214/2023 per il mercato e la concorrenza, tuttavia inviando il successivo 2 gennaio ai presidenti delle Camere e al Presidente del Consiglio una lettera di osservazioni nella quale sottolinea "i profili di contrasto con il diritto europeo" e rilevando come siano "indispensabili, a breve, ulteriori iniziative di Governo e Parlamento".

Il provvedimento normativo è andato, quindi, incontro ad analoghi rilievi sollevati dal Presidente della Repubblica in data 24 febbraio 2023, concernenti il regime delle concessioni balneari in Italia di cui alla legge n.14/2023 (decreto cd. milleproroghe), facendo persistere in tal modo una situazione di conflittualità con l'Unione Europea, con le decisioni della Corte di Giustizia Europea, del Consiglio di Stato e dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, senza che tale strategia possa avere un concreto sviluppo e possa salvaguardare l'Italia da una nuova procedura di infrazione già avviata dalla Commissione Europea in data 15 novembre 2023.