

Le concessioni demaniali turistico-ricreative e il requisito della “scarsità delle risorse naturali” *ex art. 12, par. 1, della direttiva servizi* nella più recente giurisprudenza della Corte di giustizia

Camilla Burelli (Assegnista di ricerca in Diritto dell’Unione europea – Università degli Studi di Milano) – 10 settembre 2023

SOMMARIO: 1. Premessa: applicabilità dell’art. 49 TFUE? – 2. Il criterio ermeneutico offerto dalla Corte di giustizia nella causa *Promoimpresa*. – 3. ... e nella recente causa *AGCM c. Comune di Ginosa*. – 4. L’applicazione del criterio ermeneutico nella giurisprudenza nazionale: brevi cenni. – 5. Alcuni rilievi critici e una soluzione alternativa.

1. Tra le molteplici questioni che interessano la materia delle cc.dd. “concessioni balneari” (su cui sia concesso rinviare, per tutti, a C. BURELLI, *Le concessioni turistico-ricreative tra vincoli “comunitari” e normativa italiana: criticità e prospettive*, in *Il diritto dell’Unione europea*, 2021, p. 247 ss.), ve ne è una che assume rilievo non marginale – anzi, financo centrale – ai fini della corretta interpretazione e applicazione dell’art. 12 della [direttiva 2006/123/CE](#) (di seguito anche “direttiva servizi”), che, in sintesi, prevede l’obbligo di applicare una procedura di selezione tra i candidati che intendano accedere, per quanto qui rileva, al mercato delle concessioni demaniali turistico-ricreative e il divieto di accordare tali concessioni (*recitius*, autorizzazioni) per una durata indeterminata, così come di rinnovarle automaticamente.

La questione a cui si fa riferimento è il requisito della “scarsità delle risorse naturali”, che, insieme alla “scarsità delle capacità tecniche utilizzabili”, rappresenta la condizione oggettiva di applicabilità dell’art. 12 (e, quindi, dell’obbligo di messa a gara delle aree rivierasche). L’art. 12, par. 1, infatti, stabilisce che “Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia *limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili*, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali [...]” (corsivo aggiunto). La *ratio*, ricavabile dal dettato del considerando n. 62, è quella di “sviluppare, tramite la libera concorrenza, la qualità e le condizioni di offerta di servizi a disposizione degli utenti”. D’altro canto, è chiaro che se il numero di autorizzazioni rilasciabili è limitato, l’inevitabile concorrenza che si genera tra i potenziali candidati richiede che vi sia una procedura di selezione trasparente per la loro assegnazione. La ragione del limite può discendere dalla scarsità delle risorse naturali o tecniche.

La “scarsità delle risorse naturali” – che tra le due ipotesi previste dall’art. 12 sarà l’unica oggetto di analisi, essendo evidentemente quella rilevante per il settore delle “concessioni balneari” (sulla “scarsità delle capacità tecniche utilizzabili”, invece, v. V. HATZOPOULOS, *The Allocation of Limited Authorisations under EU Internal Market Rules*, in P. ADRIAANSE, F. VAN OMMEREN, W. DEN OUDEN, J. WOL-

SWINKEL (eds.), *Scarcity and the State. The Allocation of Limited Rights by the Administration*, Cambridge, 2016, p. 163 ss., spec. pp. 166 e 167) – assume *a fortiori* importanza se si considera che la Corte di giustizia ha più volte ribadito che l’art. 12 della direttiva servizi si applica anche alle situazioni puramente interne (v., ad esempio, le sentenze [Visser Vastgoed Beleggingen](#), punti 99-110 e [Cali Apartments](#), punto 56; da ultimo, [AGCM c. Comune di Ginosa](#), punto 40). Ciò comporta che quanto all’applicabilità dell’art. 12 della direttiva servizi a nulla rileva la configurabilità di un interesse transfrontaliero (certo) della concessione.

Si badi che ciò non significa che non debba essere comunque accertata la sussistenza dell’interesse transfrontaliero in una “concessione balneare”, sebbene non quale condizione di applicabilità dell’art. 12 della direttiva. Tale sussistenza, ad esempio, imporrebbe l’obbligo di garantire un adeguato livello di pubblicità della disponibilità della concessione e dei criteri di assegnazione. Si aggiunga che, come la Corte di giustizia ha più volte ricordato (anche nella nota sentenza Promoiimpresa, punto 59, su cui v. *amplius*, § 2), qualsiasi misura nazionale che intervenga in un settore che abbia costituito oggetto di un’armonizzazione completa a livello dell’Unione – come nel caso della direttiva in questione – deve essere valutata in rapporto non alle disposizioni del diritto primario, ma esclusivamente a quelle di tale misura di armonizzazione (recentemente v., ad esempio, [Sisal](#), punto 32 e, prima ancora, [Rina Services e a.](#), punto 37). Ne segue che la questione di accertare se vi sia o meno l’obbligo di avviare procedure trasparenti per l’assegnazione di autorizzazioni a svolgere attività turistico-ricreative su aree rivierasche deve (dovrebbe?) essere valutata unicamente alla luce delle disposizioni della direttiva servizi e che la sussistenza di un interesse transfrontaliero (certo) per la concessione non rileva ai fini dell’applicabilità di tale obbligo.

Una volta, dunque, che si considera la sola direttiva (e non il diritto primario, *i.e.* l’art. 49 TFUE), è bene precisare che l’art. 11 della direttiva prevede, diversamente dal successivo art. 12, che l’autorizzazione debba essere rilasciata al prestatore con durata illimitata, ad eccezione dei casi in cui (i) l’autorizzazione prevede il rinnovo automatico o è esclusivamente soggetta al costante rispetto dei requisiti ovvero (ii) un motivo imperativo di interesse generale limiti il numero di autorizzazioni disponibili o giustifichi una durata limitata. L’art. 11, in questo senso, andrebbe letto unitamente al considerando n. 62 che, per quanto qui rileva, prevede che gli Stati membri mantengano comunque la facoltà di limitare il numero di autorizzazioni anche per “ragioni diverse” dalla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche. Quindi, salvo che vi siano dei motivi imperativi di interesse generale, se non vi è scarsità delle risorse l’autorizzazione non dovrebbe prevedere limiti di sorta. In altri termini, qualora fosse accertata la non scarsità delle risorse naturali, un’interpretazione sistematica della sezione I del Capo III della direttiva servizi, e cioè quella dedicata alla disciplina delle autorizzazioni, richiederebbe di verificare l’eventuale sussistenza di motivi imperativi di interesse generale e, se non esistenti, l’autorizzazione dovrebbe poter essere rilasciata senza limiti di durata e sempre a prescindere dall’interesse transfrontaliero certo. Sostenere, al contrario, di interpretare e applicare l’art. 12, parr. 1 e 2, della direttiva prescindendo da una sua lettura combinata con l’art. 11, “guardando” immediatamente all’art. 49 TFUE, sembra poco corretto su un piano sistematico, nonché contrario al principio della *lex specialis*.

Occorre tuttavia ricordare che la Corte di giustizia, così come la stessa Commissione, hanno più volte affermato che, nei casi in cui l’art. 12 non sia applicabile per

il venire meno del requisito della scarsità delle risorse, è necessario prendere in considerazione l'art. 49 TFUE (e non l'articolo 11 della direttiva) e che lo stesso, dotato di efficacia diretta, nonché applicabile solo laddove l'attività economica oggetto dell'autorizzazione abbia carattere transfrontaliero, vieta ugualmente ipotesi di proroga o rinnovo automatico comunque denominati e concessioni prive di durata (v., per tutte, *Promoimpresa*, cit., punti 61 e 62; v. anche la [lettera di messa in mora](#) della Commissione inviata all'Italia il 3 dicembre 2020, che ha avviato la procedura di infrazione n. 2020/4118, C(2020)7826 final, spec. pp. 11-12). L'impostazione così descritta impone quindi che, in assenza di scarsità, non rilevi l'art. 11 della direttiva, bensì l'art. 49 TFUE, ma solo in presenza di un interesse transfrontaliero (certo), il cui accertamento è stato rimesso dalla Corte di giustizia alla valutazione del giudice nazionale (v., ad esempio, la sentenza [SECAP e Santorso](#), punto 34).

Applicando l'art. 49 TFUE in assenza di scarsità, si dovrebbe, dunque, sostenere che un'autorizzazione di interesse transfrontaliero (certo) rinnovata automaticamente costituirebbe una disparità di trattamento a danno di imprese con sede in un altro Stato membro, potenzialmente interessate. Ne conseguirebbe il paradossale esito di ritenere che l'art. 11 della direttiva servizi – che, invece, come visto, legittima i rinnovi automatici – violi l'art. 49 TFUE. Tuttavia, pare utile mettere in luce come l'art. 11 sia espressione, in una certa misura, dello stesso art. 49 TFUE. Invero, porre limiti alla libertà di stabilimento (limiti di durata *in primis*) in assenza di scarsità delle risorse potrebbe realisticamente impedire la piena realizzazione della libertà di stabilimento stessa, che potrebbe “subire” l'imposizione di limiti come un ostacolo al suo corretto dispiegamento. L'art. 11, poi, implica comunque il rispetto degli artt. 9 e 10 della direttiva, che richiedono, in sostanza, che i regimi di autorizzazione siano votati alla parità di trattamento e i criteri per la loro assegnazione siano trasparenti e accessibili.

Ne segue che ritenere che se un'autorizzazione non rientra nel campo di applicazione dell'art. 12 essa debba essere regolata solo dall'art. 49 TFUE, omettendo completamente l'art. 11 della direttiva, sembra quantomeno una forzatura sul piano, lo si ribadisce, logico-sistematico e contrario al principio della *lex specialis*. Con riguardo alle concessioni demaniali marittime sorte e costituite prima dell'entrata in vigore della direttiva servizi (*i.e.* il 28 dicembre 2009), autorevole dottrina ritiene che restino regolate dall'art. 49 TFUE, sempre che siano caratterizzate da un interesse transfrontaliero certo (v. C. CURTI GIALDINO, [La sentenza della Corte di giustizia europea del 20 aprile 2023 in tema di concessioni balneari: spunti critici e proposte per chiudere una storia infinita](#), in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2023, p. 455 ss., spec. p. 467).

Ciò detto, nonostante l'evidente rilevanza del requisito della scarsità delle risorse naturali, la sua portata pratica, così come il suo significato, non sono (quasi) mai stati oggetto di attenzione da parte della giurisprudenza della Corte, che solo di recente, con la citata sentenza del 20 aprile 2023, causa C-348/22, [AGCM c. Comune di Ginosa](#), ha tentato di precisarne il significato (per un primo commento, v. D. DIVERIO, cit.). Gli interventi della Corte, come si vedrà nel prosieguo, risultano peraltro solo parzialmente appaganti nella misura in cui lasciano allo Stato membro un significativo margine interpretativo della locuzione e delle modalità con cui, sul piano pratico, debba valutarsi concretamente la sussistenza o meno del requisito della scarsità.

In questa sede, pertanto, si intende procedere a una rilettura complessiva delle soluzioni sinora formulate a livello giurisprudenziale, al fine di sottolinearne i limiti e di delineare, al contempo, un possibile approccio alternativo.

2. La prima (e sino alla sentenza *AGCM c. Comune di Ginosa* unica) occasione in cui la Corte di giustizia si è (sinteticamente) pronunciata sul requisito della “scarsità delle risorse naturali” è stata la sentenza *Promoimpresa* (commentata, per tutti, da G. BELLITTI, *La direttiva Bolkenstein e le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2017, p. 60 ss., a cui si rinvia per l’analisi completa del provvedimento).

In questa circostanza, i giudici hanno stabilito che la valutazione in ordine al carattere limitato delle risorse naturali spettasse unicamente al giudice del rinvio, che doveva tenere in considerazione il fatto che il rilascio avviene a livello comunale piuttosto che a livello nazionale (punto 43 sentenza *Promoimpresa*). La Corte sembra quindi aver enunciato una sorta di “criterio ermeneutico” in virtù del quale si deve tenere conto del livello di governo al quale l’ordinamento attribuisce il potere di rilasciare nuove concessioni. Sul punto si noti che, in Italia, a seguito all’entrata in vigore del [d. lgs. n. 85/2010](#), e quindi del c.d. “federalismo demaniale”, il rilascio avviene a livello comunale, essendo stati trasferiti agli Enti territoriali (regioni, città metropolitane e comuni) una serie di beni – quelli elencati all’art. 5 – tra i quali rientrano anche i beni del demanio marittimo (in materia v., per tutti, i contributi in G.F. FERRARI (a cura di), *Il federalismo demaniale. Atti del seminario promosso da SSPAL e IFEL (Sala della Protomoteca, Campidoglio, Roma, 11 marzo 2010)*, Torino, 2010). Ove, quindi, si determini che le risorse naturali siano scarse, trova applicazione l’art. 12 della direttiva servizi, con gli obblighi e i divieti ricordati *supra*, § 1. Altrimenti, la norma di riferimento è (o, comunque, per le ragioni sopra esposte, dovrebbe essere) il citato art. 11 della medesima direttiva.

Anche l’avvocato generale Szpunar, nelle sue [conclusioni](#) nel caso *Promoimpresa*, aveva dato rilevanza alla dimensione comunale del rilascio (che, giova ribadirlo, è la “dimensione” *standard*, in Italia) affermando che “le aree demaniali situate sulla riva del lago o sulle coste marittime e che possono costituire oggetto di sfruttamento economico all’interno di un determinato comune sono *ovviamente* limitate [...]” (par. 72, corsivo aggiunto) e, su tale base, aveva ritenuto applicabile l’art. 12 della direttiva servizi. Diversamente, il governo italiano, nelle sue osservazioni, aveva dedotto che le coste marittime italiane, se qualificate “nel loro insieme” – adottando quindi un approccio nazionale e non comunale – non potessero essere intese come risorse scarse (par. 74 conclusioni *Promoimpresa*).

Ora, è chiaro che l’indicazione fornita dai giudici avrebbe dovuto essere d’aiuto, prima ancora che all’interprete, ai giudici del rinvio, che, si ricorderà, nel caso *Promoimpresa* erano il TAR Sardegna e il TAR Lombardia. Peraltro, né il primo né il secondo, nelle sentenze “*follow up*” rese a valle della pronuncia della Corte di giustizia, hanno fatto alcun riferimento alla “scarsità delle risorse naturali”. In un caso, quello [sardo](#), il ricorso è stato dichiarato improcedibile per il sopravvenuto difetto di interesse delle parti alla decisione; nel [caso lombardo](#), invece, i giudici si sono limitati a riscontrare la presenza dell’interesse transfrontaliero certo della concessione controversa e hanno quindi disapplicato la norma interna che aveva disposto la proroga illegittima (*i.e.* l’art. 1, comma 18, del [d.l. n. 194/2009](#), convertito con [l. n. 25/2010](#)).

Ad ogni modo, il “criterio ermeneutico” offerto dalla Corte di giustizia non sembra tener conto di una fondamentale problematica: la sentenza *Promoimpresa* ha infatti lasciato il dubbio su quali siano le concrete “modalità con cui procedere all’ accertamento [...]” (per dirla con D. DIVERIO, *op. cit.*, spec. p. 3), e la più recente sentenza *AGCM c. Comune di Ginosa* non sembra aver risolto questo specifico aspetto.

3. Con la testé citata sentenza *AGCM c. Comune di Ginosa*, resa a seguito dell’ordinanza rinvio del TAR Lecce n. 743/2022 (per un commento, sia concesso rinviare a C. BURELLI, [Un nuovo \(discutibile\) capitolo della saga “concessioni balneari”: il TAR Lecce investe la Corte di giustizia di un rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE](#), in AA.VV., *Quaderni AISDUE*, Napoli, 2022, p. 163 ss.), la Corte di giustizia si è pronunciata su un tema di importanza nodale per la corretta applicazione (quantomeno in Italia) della direttiva servizi. I giudici hanno infatti fornito – nei termini e con le motivazioni descritti, *inter alia*, da D. DIVERIO, *op. cit.*, e da C. CURTI GIALDINO, *op. cit.* – la propria interpretazione circa la possibilità di riconoscere effetti diretti all’art. 12, parr. 1 e 2, della direttiva. Tale questione si poneva in termini particolarmente delicati in considerazione della (grave) discordanza di voci registrata sul punto da parte della giurisprudenza nazionale (*in primis* quella amministrativa. In argomento v., *amplius*, C. BURELLI, *Le concessioni turistico-ricreative*, cit.). In effetti, sebbene l’effetto diretto dell’art. 12 fosse stato riconosciuto dall’avvocato generale Szpunar nelle conclusioni nel caso *Promoimpresa* (punto 110), la Corte di giustizia non si era mai espressamente pronunciata sul punto, con ciò giustificando, in un certo senso, posizioni giurisprudenziali nazionali divergenti. Nonostante questo, e nonostante la causa sollevasse indubbiamente nuove questioni di diritto (su tutte, proprio l’efficacia diretta dell’art. 12, parr. 1 e 2), la Corte ha ritenuto di decidere senza conclusioni dell’avvocato generale e senza udienza di discussione.

Ad ogni modo, la soluzione offerta dalla Corte, chiara nel riconoscere l’effetto diretto, sembra aver risolto una volta per tutte il problema (v. punti 60-74). Ciò peraltro non toglie che la sentenza – al netto dell’(ennesima) enunciazione di alcuni principi già ampiamente noti sull’applicabilità dell’art. 12 alle situazioni puramente interne (punti 39-42) e sull’onere di disapplicazione della norma interna contrastante in capo alla Pubblica amministrazione (punti 77-79) – abbia in realtà aperto delle questioni interpretative di non poco conto proprio con riferimento al requisito della “scarsità delle risorse naturali”. La Corte, infatti, lungi dal chiarire la portata applicativa del requisito, sembra averla resa financo più complessa, stabilendo che la scarsità delle risorse naturali possa essere valutata (anche) “combinando un approccio generale e astratto, a livello nazionale, e un approccio caso per caso, basato su un’analisi del territorio [a livello comunale]” (punto 49). Tale valutazione deve essere compiuta in modo “equilibrat[o]” e, cioè, “idone[o] a garantire il rispetto di obiettivi di sfruttamento economico delle coste che possono essere definiti a livello nazionale, assicurando al contempo l’appropriatezza dell’attuazione concreta di tali obiettivi nel territorio costiero di un Comune” (punto 47).

Il TAR Lecce aveva chiesto espressamente se fosse coerente con i fini perseguiti dalla direttiva servizi e dallo stesso art. 49 TFUE una statuizione, in questo caso operata dal giudice nazionale (*i.e.*, il Consiglio di Stato), relativa alla sussistenza, in via generale ed astratta, del requisito della scarsità delle risorse e delle concessioni disponibili riferito *tout-court* all’intero territorio nazionale ovvero se, viceversa, stante in Italia la competenza dei singoli comuni, tale valutazione non dovesse intendersi riferita al territorio costiero di ciascun comune e, quindi, riservata alla sola

competenza comunale. Il quesito nasceva dalla pronuncia del Consiglio di Stato nelle note sentenze “gemelle” del 9 novembre 2021 – la n. [17](#) e la n. [18](#) (commentate da R. MASTROIANNI, [L’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e le concessioni balneari: due passi avanti e uno indietro?](#), in *rivista.eurojus.it*, 2022, p. 105 ss.) – ove l’Adunanza plenaria aveva riconosciuto la sussistenza del requisito della scarsità della risorsa naturale in via generale e astratta su tutto il territorio rivierasco italiano, con l’effetto di ritenere applicabile, senza eccezioni, l’art. 12 della direttiva.

Sinteticamente, il Consiglio di Stato aveva rilevato che il concetto di scarsità è da interpretare tenendo conto non solo della “quantità” del bene disponibile, ma anche dei suoi aspetti qualitativi e, di conseguenza, “della domanda che è in grado di generare da parte di altri potenziali concorrenti, oltre che dei fruitori finali del servizio che tramite esso viene immesso sul mercato” (punto 25). L’idea è che non tutti gli stabilimenti sono eguali in termini di “funzione economica” e, pertanto, anche solo per questa ragione, le aree “più attrattive” dal punto di vista economico sarebbero, quindi, scarse indipendentemente dal profilo quantitativo. L’Adunanza plenaria, peraltro, aveva fatto valere anche dati quantitativi: “in Italia quasi il 50% delle coste sabbiose è occupato da stabilimenti balneari, con picchi che in alcune Regioni (come Liguria, Emilia-Romagna e Campania) arrivano quasi al 70%” (punto 25). Alla luce di tali considerazioni, e dell’evidente capacità attrattiva delle coste nazionali e dell’elevatissimo livello della domanda in tutto il periodo estivo, il Consiglio di Stato aveva statuito che la scarsità caratterizza, al di là della variabilità dei picchi massimi che possono differenziare i singoli comuni, l’intero territorio nazionale.

Da un certo punto di vista, quindi, il quesito del TAR Lecce era più che comprensibile: da un lato, la Corte di giustizia aveva stabilito che il giudice del rinvio dovesse valutare l’elemento della scarsità tenendo conto del fatto che l’assegnazione sarebbe avvenuta in sede comunale; dall’altro lato, il massimo Consesso della giustizia amministrativa dichiarava, una volta per tutte, che la limitatezza riguardava l’intero territorio nazionale, a prescindere dalla valutazione relativa alla singola e specifica zona.

La Corte di giustizia, come anticipato, ha risposto al quesito essenzialmente stabilendo che entrambi gli approcci sono ammissibili: sia quello su base “comunale”, da essa stessa messo in risalto nella sentenza *Promoimpresa*, sia quello su base “nazionale”, abbracciato dal Consiglio di Stato. Anzi, la Corte si è spinta avanti stabilendo (in modo invero piuttosto “criptico”) che i due approcci possono anche essere “combinati” (punto 43). In tal modo, come autorevolmente rilevato, la Corte di giustizia non ha mutato, bensì ha precisato la giurisprudenza *Promoimpresa* (così C. CURTI GIALDINO, *op. cit.*, spec. p. 464). Peraltro, come già accennato, tale “precisione”, lungi dal chiarire e dal determinare in modo univoco la portata del requisito, sembra averlo reso financo più confuso.

4. Prima di concentrare l’attenzione sui principali profili critici della sentenza *AGCM c. Comune di Ginosa*, pare utile delineare i tratti essenziali della giurisprudenza interna in materia, soffermandosi in particolare su come i giudici nazionali, in specie quelli amministrativi, hanno applicato il criterio ermeneutico offerto dalla Corte, con il dovuto *caveat* che, per evidenti ragioni temporali, non è possibile verificare (ancora) l’applicazione della più recente pronuncia in commento.

Innanzitutto, può affermarsi, pur con un certo grado di approssimazione, che il numero di sentenze in cui la giustizia amministrativa ha affrontato il tema della “scarsità delle risorse naturali” come condizione di applicabilità dell’art. 12 della

direttiva servizi è esponenzialmente aumentato negli ultimi cinque anni, in specie a seguito delle già menzionate sentenze “gemelle” dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato. Infatti, se nel 2017 (anno, successivo a *Promoimpresa*, in cui si registra la prima pronuncia che ha trattato espressamente la questione, la n. 959/2017 del TAR Lombardia) il numero è di circa 10 sentenze, nel 2018 le pronunce sono 17, nel 2019 20, nel 2020 28 e addirittura 42 nel 2021 e 43 nel 2022, con un aumento percentuale del 330% (N.B. la ricerca si basa sui risultati di banche dati *online* che, per quanto fornite, potrebbero non essere del tutto complete).

In primo luogo, è costante il riferimento alla “morfologia” limitata delle aree rivierasche (così TAR Sardegna, sent. n. 682/2019): tali aree (siano esse marittime, lacuali o fluviali) sembrerebbero essere, per la giustizia amministrativa, “ontologicamente” limitate (così TAR. Toscana, sent. n. 363/2021; v. anche, con simile tenore, sentt. TAR Lecce, nn. 1329 e 1411/2017; TAR Sardegna, n. 128/2018 e n. 682/2019; TAR Veneto, n. 218/2020; TAR Lazio, n. 616/2021; TAR Catania, n. 504/2021; TAR Toscana, n. 363/2021). Si badi che i giudici tendono a non argomentare eccessivamente tale aspetto, limitandosi, appunto, a non mettere in alcun modo in discussione la sussistenza della scarsità.

Tra gli elementi ricorrenti nella trattazione del requisito della scarsità delle risorse naturali vi è – in secondo luogo e specialmente a seguito delle citate sentenze “gemelle” del Consiglio di Stato – il fatto di adottare una visione “unitaria e non parcellizzata” (così TAR Abruzzo, sent. n. 40/2021) del patrimonio costiero nazionale, che viene valutato nella sua interezza e nei suoi aspetti qualitativi, oltre che quantitativi. Naturalmente questo approccio discende direttamente dalla tendenza (“obbligo” nel caso delle sezioni semplici del Consiglio di Stato) a uniformarsi a quanto dichiarato dall’Adunanza plenaria (v., ad esempio, sentt. TAR Calabria, n. 424/2022; TAR Lombardia, n. 2344/2022; Consiglio di Stato, sez. VII, n. 3896/2022).

A valle della pronuncia della Corte del 20 aprile 2023, ci si potrebbe attendere un atteggiamento meno “monolitico” da parte della giurisprudenza nazionale sia nel qualificare come scarse le aree rivierasche concedibili, sia e soprattutto nell’intendere come “unitario e non parcellizzato” il territorio costiero italiano, pur restando “valido” quanto affermato dalle sentenze “gemelle”, non avendo, invero, la Corte di giustizia escluso, come visto, la compatibilità del criterio scelto dall’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato. D’altro canto, avendo la Corte di giustizia avallato la possibilità di “combinare” un approccio su base comunale e uno su base nazionale, non è da escludere che i giudici, certo con motivazioni difficili da prevedere data la cripticità della formula, possano concludere che le aree in questione su una data porzione di territorio non siano scarse. Il fatto che manchi un criterio unico, univoco e chiaro per la valutazione della sussistenza del requisito della scarsità delle risorse nazionali, che deriva dalla difficoltà di tradurre sul piano applicativo la soluzione offerta dalla Corte di giustizia, potrebbe condurre a esiti giurisprudenziali tra loro diversi e potenzialmente incoerenti.

In questo contesto, decisiva sarà la ricognizione del litorale italiano, disposta dapprima dalla [legge n. 145/2018](#), all’art. 1, comma 676, lett. a), e successivamente parzialmente ribadita dalla [legge n. 118/2022](#), all’art. 2. Quest’ultimo aveva attribuito una delega al Governo volta ad istituire un sistema informativo mediante il quale “mappare” i (soli) rapporti concessori di beni pubblici in essere, da attuarsi entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge (quindi entro febbraio 2023). Il termine, tuttavia, è stato prorogato di cinque mesi dal [decreto-legge n. 198/2022](#) e

il decreto è stato adottato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri dello scorso 14 luglio 2023 ([decreto legislativo n. 106/2023](#)). Peraltro, il lavoro di ricognizione, a valle del quale sarà possibile determinare se e in che misura il litorale italiano possa dirsi scarso e se e in che misura, quindi, siano necessarie le procedure di selezione di cui all'art. 12, parr. 1 e 2, della direttiva servizi, dovrà riguardare non solo e non tanto i rapporti concessori in essere ma anche e soprattutto la ricognizione delle aree "concedibili", la cui consistenza sarà determinante. Da ultimo, all'attività di ricognizione in questione è stato deputato il Tavolo tecnico istituito dall'art. 10-*quater* del suddetto decreto-legge il cui compito è anche quello di definire "*i criteri tecnici per la determinazione della sussistenza della scarsità della risorsa naturale disponibile, tenuto conto sia del dato complessivo nazionale che di quello disaggregato a livello regionale, e della rilevanza economica transfrontaliera*" (ad oggi si è riunito quattro volte). Sul punto, è stato ricordato (C. CURTI GIALDINO, *op. cit.*, spec. p. 471) che, in realtà, un sistema di ricognizione del litorale marittimo, lacuale e fluviale esiste già da più di trent'anni. Si tratta del Sistema Informativo Demanio (SID), previsto dalla [legge n. 44/1991](#), che ha lo scopo di aggiornare costantemente il catasto del demanio marittimo. Peraltro, come in parte anche sostenuto dallo stesso Autore, ritenere che tale Sistema sia sufficiente al fine di valutare la scarsità delle aree rivierasche pare un abbaglio, sia perché esso fa riferimento solo alle aree del demanio marittimo, sia perché, soprattutto, registra il solo dato del "concesso" e non del "concedibile". La corretta misurazione della disponibilità della risorsa non può risolversi in un mero calcolo aritmetico (*i.e.* totale aree concedibili - aree oggetto di concessione), anche solo per la difficoltà di identificare, a monte, le effettive "aree fruibili", ad esempio: sono da sottrarre dalle aree concedibili quelle relative alle riserve naturali protette? È considerabile "area fruibile" e, quindi, concedibile, una scogliera particolarmente alta? Un'area è da considerarsi "fruibile" solo se lo è "attualmente" ovvero anche nel caso in cui lo possa "diventare" grazie agli investimenti garantiti dal progetto dell'assegnatario della concessione? Si tratta di domande (e scelte) di natura politica oltre che tecnica a cui il mero dato numerico sulla quantità di concessioni in essere non pare in grado di rispondere.

5. Le questioni che emergono dalla breve analisi svolta inducono ad alcune riflessioni sulle soluzioni proposte dalla Corte di giustizia, in particolare quella di "autorizzare" un approccio "combinato", cioè generale e astratto, a livello nazionale, e un approccio caso per caso, basato su un'analisi del territorio, per valutare la sussistenza del requisito della scarsità delle risorse naturali. Tale sistema, infatti, oltre che di difficile comprensione, risulta anche piuttosto complesso da tradurre sul piano applicativo. Questo vale non solo per il giudice nazionale, ma anche, più in generale, per gli enti concedenti e, in ultima analisi, per il legislatore. Va da sé, quindi, che in assenza di indicazioni univoche provenienti dalla Corte, e ridimensionata, seppur parzialmente, la solida posizione chiarificatrice del Consiglio di Stato, le testé menzionate amministrazioni potranno compiere le loro valutazioni sulla base di criteri del tutto arbitrari.

Prima di soffermarsi sui profili critici – in parte già accennati – che la giurisprudenza in commento presenta e sulle soluzioni alternative che avrebbero potuto essere adottate, pare opportuno svolgere alcune sintetiche considerazioni sul concetto stesso di scarsità che, d'altro canto, se è vero che non è stato "riempito di significato" in sede giurisdizionale, è altrettanto vero che non è definito nemmeno dalla direttiva

servizi. Soltanto il [preambolo](#) della proposta di direttiva conteneva due esempi, peraltro non particolarmente utili all'interprete: la concessione di frequenze di radio analogica e la gestione di una infrastruttura idroelettrica (spec. considerando n. 28 della proposta). E tuttavia, sebbene in tale sede non sia possibile svolgere un'analisi esaustiva, che meriterebbe uno spazio autonomo, la comprensione di tale concetto, per quanto possibile, pare fondamentale, specialmente per valutarne correttamente la sussistenza, a prescindere dall'approccio (nazionale o comunale) adottato (in dottrina si sono occupati del tema dell'attribuzione di risorse scarse da parte della pubblica amministrazione, ad esempio, F.J. VAN OMMEREN, W. DEN OUDEN, J. WOLSWINKEL, [Schaarse publieke rechten: naar een algemeen leerstuk](#), in F.J. VAN OMMEREN, W. DEN OUDEN, C.J. WOLSWINKEL, *Schaarse publieke rechten*, Boom Juridische uitgevers, 2011, p. 17 ss.). Infatti, benché il significato di "scarsità" possa apparire *prima facie* piuttosto chiaro e intelligibile, occorre rilevare che la dottrina giuridica, salvo alcune rare eccezioni (v., ad esempio, F.J. VAN OMMEREN, W. DEN OUDEN, C.J. WOLSWINKEL, *op. cit.*, spec. p. 19; e J. WOLSWINKEL, [An Allocation Perspective to Public Law: Limited Public Rights and Beyond](#), in *Law and Method*, 2014, p. 1 ss., spec. p. 2, secondo cui un "diritto pubblico", cioè un diritto accordato a un individuo da parte di una pubblica autorità, è scarso se ci sono più richiedenti che diritti disponibili), non si è quasi mai occupata del tema, mancando quindi una definizione univoca che possa essere utilizzata per interpretare la direttiva servizi. Discorso diverso, invece, vale per la dottrina economica (in specie quella economico-politica), dove, come noto, esiste una definizione ampiamente accettata (*rectius*, due definizioni) del concetto di scarsità (in argomento, ad esempio, v. H. J. BARNETT, C. MORSE, *Scarcity and Growth. The Economics of Natural Resource Availability*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1963; E. B. BARBIER, *Economics, Natural Resource Scarcity and Development. Conventional and Alternative Views*, Earthscan, London, 1989).

Una prima tesi definisce scarsi i beni quando la loro quantità è limitata rispetto alla loro capacità di soddisfare i bisogni delle persone fisiche e giuridiche (o, in gergo, degli "agenti economici"). Tale definizione risponde alla nozione di "scarsità relativa" (su cui v., per tutti, S. BAUMGÄRTNER, C. BECKER, M. FABER, R. MANSTETTEN, *Relative and absolute scarcity of nature. Assessing the roles of economics and ecology for biodiversity conservation*, in *Ecological Economics*, 2006, p. 487 ss., spec. p. 489). L'approccio "relativistico" al concetto di scarsità, peraltro, non si limita a una valutazione del bene preso singolarmente, ma presuppone la possibilità di scelta a beneficio dell'agente economico: in altri termini, la scarsità di un bene viene valutata in relazione agli altri beni (*i.e.* non potendo l'agente economico accedere a un certo bene, lo sostituisce con un altro; oppure, desiderando l'agente economico una quantità elevata di un certo bene, deve rinunciare a un altro). Si parla di "scarsità relativa", quindi, proprio perché alla base di tale tesi vi è la "relazione", il rapporto, tra due o più beni.

Una seconda tesi definisce scarsi i beni se la loro quantità è caratterizzata dalla finitezza fisica, che non può essere aumentata con l'intervento umano; per l'agente economico non vi è possibilità di opzione. La scarsità relativa, quindi, presuppone una scelta (o almeno la possibilità di scegliere), viceversa questa è assente nella scarsità assoluta, che si caratterizza per l'impossibilità di aumentare la quantità di certi beni e, quindi, nella potenziale impossibilità di accedervi, seppure tramite un bene surrogato (v. S. BAUMGÄRTNER, C. BECKER, M. FABER, R. MANSTETTEN, *op. cit.*, spec. p. 490).

La dottrina giuridica che ha tentato di estendere tali nozioni economiche al concetto di “scarsità” di cui alla direttiva servizi ritiene riferibile alle risorse naturali (come il suolo, l’acqua, i minerali, ecc.) il concetto di scarsità assoluta (v. J. WOLSWINKEL, *The Allocation of a Limited Number of Authorisations*, in *Review of European Administrative Law*, 2009, p. 61 ss., spec. p. 82). D’altro canto, volendo adottare tale approccio – consistente, come si accennato, nel valutare come limitato un bene non sostituibile la cui quantità fisica è finita e non aumentabile – si dovrebbe considerare il litorale marittimo, lacuale e fluviale come un bene scarso (*a fortiori* se si considera, come rilevato dall’Adunanza plenaria nelle citate sentenze “gemelle”, spec. punto 25, che i tratti di litorale soggetti ad erosione sono in costante aumento, con ciò registrandosi una graduale diminuzione del bene). Peraltro, come evidenziato anche dall’Adunanza plenaria, anche interpretando il concetto di scarsità in termini relativi e non assoluti, cioè ponendo l’accento non tanto sull’utente finale che fruisce del bene finito, bensì sul potenziale candidato alla ricerca di una concessione, il bene potrebbe comunque considerarsi scarso (spec. punto 76). Infatti, l’operatore “in erba” che non potesse accedere a una certa concessione, cercherà di sostituirla con un’altra, la cui “attrattività” economica e funzionale potrebbe tuttavia non essere altrettanto appagante.

A ciò si aggiunga che una stessa risorsa naturale – una spiaggia, ad esempio – può in potenza essere destinata a diverse tipologie di utilizzo, ossia – in caso di utilizzi di rilevanza economica – afferire a diversi mercati. Limitandosi agli utilizzi di rilevanza economica per fini turistico-ricreativi, l’art. 03, comma 4-*bis*, del [decreto-legge n. 400/1993](#) prevede che le concessioni possano essere rilasciate per: (i) la gestione di stabilimenti balneari; (ii) l’esercizio di ristorazione e somministrazione di bevande, cibi precotti e generi di monopolio; (iii) il noleggio di imbarcazioni e natanti in genere; (iv) la gestione di strutture ricettive ed attività ricreative e sportive; (v) l’esercizio commerciale; (vi) i servizi di altra natura e conduzione di strutture ad uso abitativo, “compatibilmente con le esigenze di utilizzazione di cui alle precedenti categorie di utilizzazione”. A ciò si affiancano le esigenze di utilizzazione del demanio marittimo per i “pubblici usi del mare” (così recita l’art. 36, cod. nav.), consistenti nella difesa militare, nella pesca, nell’attività portuale e nella produzione. Il fatto che una stessa risorsa naturale possa essere destinata a utilizzi differenti comporta che si verifichi, quantomeno in potenza, almeno una “scarsità di destinazione”.

La scarsità di “destinazione” è strettamente connessa al tema per cui la determinazione del numero di autorizzazioni disponibili (e, quindi, la determinazione della sussistenza o meno del requisito della scarsità delle risorse naturali) non dipende solo da considerazioni di carattere quantitativo, ma anche e soprattutto da considerazioni di carattere più marcatamente qualitativo, rilevanti a fini economici e che non si limitano a riguardare solo profili di “destinazione” ma anche – nell’ambito della medesima destinazione – di “attrattività” (sempre economica) della porzione di litorale interessata. Come evidenziato in dottrina, “the size of a natural resource does not itself imply the size of the number of authorisations” (J. WOLSWINKEL, *The Allocation*, cit., spec. p. 84).

Tali spunti, qui solo sommariamente delineati, inducono a interrogarsi sulla bontà e sulla completezza delle soluzioni offerte dalla Corte, in specie quella contenuta nella sentenza *AGCM c. Comune di Ginosa*. Ci si può anzi chiedere se proporre un approccio combinato generale e astratto ai fini dell’esame della scarsità delle risorse nazionali, in assenza di un accenno al significato di scarsità e senza appron-

dimenti su come debba avvenire tale “combinazione”, non si ponga in contrasto rispetto all’esigenza di certezza del diritto che la vicenda italiana delle “concessioni balneari” impone.

Il concetto di scarsità, sulla scorta delle brevi considerazioni che precedono, avrebbe, dunque, potuto forse essere letto dalla Corte, come in fondo suggerito anche dal Consiglio di Stato nelle sentenze nn. 17 e 18/2021, anche in termini qualitativi, cioè tenendo conto dei connotati e della funzione economica delle singole concessioni. Infatti, adottando un approccio esclusivamente quantitativo, il fatto che, ad esempio, le risorse a Taormina siano scarse poco importerebbe se, al contrario, vi fosse “disponibilità quantitativa” nel litorale agrigentino (come rilevato dal TAR Catania con sentenze nn. 3249 e 2946/2022). Tuttavia, adottando un approccio qualitativo, il fatto che le aree concedibili a Taormina siano esaurite, ben potrebbe importare all’operatore di Agrigento o a quello veneto o straniero che volesse accedere al mercato taorminese, considerata la valenza turistica dell’area. A contrario, per l’operatore che volesse investire nel litorale di Taormina sarebbe irrilevante sapere che una concessione balneare è disponibile nel litorale agrigentino. In altri termini, la valutazione sulla scarsità delle risorse naturali sarebbe stato preferibile fosse stata declinata dalla Corte secondo un approccio che combinasse il profilo quantitativo e qualitativo.

In ogni caso, alla luce della breve analisi che precede, pare possibile affermare che il quadro relativo alle cc.dd. “concessioni balneari”, quantomeno in Italia, è ben lontano dall’essere chiarito. La recente sentenza *ACGM c. Comune di Giosa* ha certo avuto il merito di precisare una serie di questioni – su tutte, evidentemente, il riconoscimento dell’efficacia diretta dell’art. 12, parr. 1 e 2 della direttiva servizi – la cui trattazione era divenuta improrogabile, quantomeno in considerazione del grave stato di incertezza che si era generato sulla portata degli effetti dell’art. 12. Ora, purtroppo, tale incertezza grava ancora su tale articolo, ma più precisamente sul significato da attribuire al requisito della “scarsità delle risorse”, la cui ricostruzione semantica, nonché portata applicativa, restano suscettibili di interpretazioni controverse e controvertibili, oltre che di potenziali “abusi interpretativi” da parte delle autorità pubbliche, siano esse nazionali o locali.