

OSSERVAZIONI SULLA SENTENZA DELLA CORTE GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA,
SEZ. V, 14 LUGLIO 2016, IN C-458/14 E C-67/15, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AI
SUOI EFFETTI SUI RAPPORTI CONCESSORI IN ATTO

ABSTRACT

(§ 1) *Con la sentenza Promoimpresa della Corte di Giustizia la concessione demaniale marittima con finalità turistico-ricreativo da titolo attributivo di un diritto speciale di godimento della superficie demaniale si tramuta in un atto autorizzativo per l'esercizio di una impresa balneare. Dal che il Giudice eurounitario ricava che la concessione "balneare" sia un'autorizzazione ricadente nell'ambito applicativo della c.d. Direttiva Servizi (Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno n. 06/123/CE del 12 dicembre 2006); dal che la Corte ricava altresì la regola iuris secondo cui - ove il Giudice nazionale accerti che le risorse del demanio marittimo siano scarse - l'affidamento e il rinnovo delle concessioni "balneari" debbono avvenire mediante procedure ad evidenza pubblica che siano rispettose dei principi di trasparenza. Secondo la Corte di Giustizia è pertanto contraria a tali principi la proroga automatica ed indiscriminata delle concessioni in essere al 31 dicembre 2009 disposta dal comma 18° dell'art. 1 D.L. n. 194/2009 s.m.i. È invece meritevole di essere tutelato l'affidamento dei concessionari che dimostrino di aver effettuato investimenti nella convinzione che il titolo concessorio potesse essere rinnovato. Per l'ipotesi in cui il Giudice nazionale accertasse che le risorse demaniali non siano scarse, la Corte di Giustizia osserva altresì che l'affidamento della concessione "balneare" dovrebbe comunque avvenire osservando le regole fondamentali del diritto eurounitario primario e, segnatamente, in ossequio al principio di non discriminazione (art. 49 TFUE). Cosicché - ove la concessione balneare presenti un interesse transfrontaliero certo - la sua assegnazione e il suo rinnovo in totale assenza di trasparenza ad un'impresa stabilita nella Repubblica Italiana - costituirebbe una disparità di trattamento a danno di operatori economici stabilite negli altri Stati membri. Di talché è contrario all'art. 49 TFUE il comma 18° dell'art. 1 D.L. n. 194/2009 s.m.i. che consente una proroga automatica delle concessioni "balneari" nei limiti in cui tali concessioni presentino un interesse transfrontaliero certo. Nondimeno, nel caso in cui il concessionario possa dimostrare di essere affidatario della concessione da prima che la Corte di Giustizia avesse dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo dovevano essere soggetti a obblighi di trasparenza (sent. Teleaustria del 7.12.2000), è allora meritevole di tutela l'affidamento del concessionario, il quale ha dunque titolo a domandare un congruo periodo transitorio che permetta alle parti del contratto di sciogliere rapporti contrattuali a condizioni accettabili.*

(§ 2) *Fermo restando che le Autorità giudiziarie e amministrative sono tenute a dare applicazione al diritto eurounitario, come "dichiarato" dalla Corte di Giustizia, le cui decisioni producono effetti extraprocessuali ultra partes, nondimeno secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia tale obbligo conformativo presuppone che dal punto di vista processuale e sostanziale sussista il potere delle pubbliche autorità di riesaminare l'atto contrario al diritto eurounitario. Dal che deve concludersi che, salvo i casi in cui sia pendente una lite in cui si controversa della legittimità della proroga ex comma 18° dell'art. 1 D.L. n. 194/2009 s.m.i., l'art. 21-nonies della legge n. 241/1990 s.m.i. osti ad un riesame delle concessioni balneari prorogate sino al 31 dicembre 2020.*

(§ 3) *La sentenza Promoimpresa reintroduce a favore dei concessionari uscenti una sorta di diritto di insistenza europeo, e cioè il diritto dei medesimi concessionari di conservare la titolarità della concessione per il tempo occorrente ad ammortizzare gli investimenti e remunerare il capitale, ove i concessionari possano dimostrare di aver compiuto tali investimenti nel convincimento di godere del rinnovo della concessione "balneare".*

(§ 4) *Nel caso in cui sia dimostrato davanti al Giudice nazionale che le risorse demaniali non siano scarse, ove le concessioni prorogate non presentino un interesse transfrontaliero certo e abbiano quindi una rilevanza economica molto limitata, l'affidamento delle stesse potrà avvenire senza la rigida osservanza del principio di trasparenza ex art. 49 TFUE. Nel caso in cui le risorse demaniali non siano scarse, ma le concessioni balneari presentino un interesse transfrontaliero certo, occorrerà che l'affidamento di esse avvenga nel rispetto dei principi di trasparenza desumibili dall'art. 49 TFUE,*

ma dovrà nondimeno essere tutelato l'affidamento del concessionario che abbia effettuato investimenti nel vigore del regime legale di rinnovo/proroga (dapprima ex art. 37 cod. nav., poi ex art. 10 legge 16 marzo 2001, n. 88).

(§ 5) I principi affermati dalla sentenza *Promoimpresa* incontrano quali controlimiti le norme europolitane in tema di tutela del diritto di proprietà (1° Protocollo Addizionale CEDU e art. 17 Carta di Nizza). Secondo il formante europolitano, infatti, il concessionario demaniale deve ritenersi titolare di un diritto di proprietà europeo che ha per oggetto beni (ad immagine del diritto di proprietà reale), ma anche utilità immateriali, quali l'avviamento. Lo spoglio di tali utilità non può avvenire in difetto di una causa di pubblica utilità e senza indennizzo, tanto più la finalità di tale spoglio è quella di sostituire un operatore economico con un altro.

*** * ***

1. Premessa.

A distanza di circa 8 anni dall'avvio della procedura di infrazione comunitaria n. 2008/4908¹, con la quale la Commissione Europea innescò il processo di revisione

¹ Sul presupposto che le disposizioni della Direttiva servizi non fossero compatibili con il regime interno in tema di affidamento e di rinnovo delle concessioni demaniali marittime turistico-ricreative, la Commissione C.E. apriva, ai sensi dell'art. 258 TFUE, la procedura di infrazione comunitaria n. 2008/4908; il 2 febbraio 2009 veniva così notificata alla Repubblica Italiana una lettera di costituzione in mora (rif. SG(2009) D/00491). In particolare, la Commissione C.E. esprimeva il parere che la normativa nazionale, nel prevedere il diritto di insistenza (ex art. 37 cod. nav.) a favore del concessionario uscente nelle procedure di affidamento di concessioni demaniali marittime, fosse contraria agli obblighi scaturenti dall'art. 43 del Trattato di Roma (ora art. 49 TFUE) in materia di libertà di stabilimento. Con **nota del 4 agosto 2009** la Direzione generale del mercato interno e dei servizi della Commissione Europea contestava che il c.d. diritto di insistenza previsto dall'art. 37 cod. nav. fosse contrario, oltre che all'art. 43 TUE, anche all'art. 12 ("*Selezione tra diversi candidati*") della Direttiva *Bolkestein*. L'art. 37 cod. nav. non avrebbe garantito una procedura di selezione imparziale e trasparente, difettando adeguata pubblicità sul suo avvio, svolgimento e completamento. Così pure, a giudizio della Commissione Europea, il rinnovo automatico delle concessioni in scadenza, previsto dall'art. 01, comma 2, D.L. n. 400/1993 conv. in l. n. 494/1993, sarebbe stato contrario al § 2 del medesimo art. 12 Dir. 123/2006/CE. L'ordinamento interno italiano accordava agli operatori economici già stabilitisi in Italia privilegi tali da dissuadere o da impedire l'accesso al mercato rilevante di nuovi operatori economici. Da qui, in conclusione, la violazione dell'art. 49 TFUE, il quale vieta non soltanto le discriminazioni palesi in base alla cittadinanza, o alla sede per quanto riguarda le società, ma anche qualsiasi discriminazione dissimulata che, pur fondandosi su altri criteri di distinzione, produca lo stesso effetto. Nel caso di concessioni demaniali marittime, osservava ancora la Commissione Europea, non ricorreva nessuno dei casi previsti agli artt. 51 e 52 TFUE in presenza de quali sarebbe stato ammesso derogare al principio di libertà di stabilimento (cfr. art. 51: attività che, sia pure occasionalmente, partecipino all'esercizio di pubblici poteri; art. 52: motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica).

Al fine di ovviare alle contestazioni di cui alla procedura di infrazione n. 2008/4908, il Governo Italiano, anziché procedere al riordino complessivo della materia delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative, optava per una soluzione "*tampone*".

Infatti, con l'art. 1, comma 18, D.L. 30 dicembre 2009, n. 194 (Proroga di termini previsti da disposizioni legislative) conv. in legge 26 febbraio 2010, n. 25, «nelle more» - si legge nel preambolo della medesima disposizione normativa - «del procedimento di revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico-ricreative», veniva disposta l'abrogazione dell'art. 37, secondo comma, secondo periodo, cod. nav. (nella parte in cui veniva previsto il c.d. diritto di insistenza: «è altresì data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze»); al contempo però veniva introdotto un regime transitorio a favore dei concessionari uscenti, venendo prorogata la durata dei titoli concessori in essere al 30 dicembre 2009 sino al 31 dicembre 2015. Termine poi ulteriormente prorogato dall'art. 34-duodecies D.L. 18 ottobre 2012, n. 179 conv. in legge 17 dicembre 2012, n. 221 sino al 31 dicembre 2020 (vedremo *infra* che sia la proroga del D.L. n. 194/2009 che la successiva proroga della proroga del 179/2012 appaiono ragionevoli e compatibili con i principi comunitari e costituzionali).

Nell'abrogare il c.d. diritto di insistenza l'art. 1, comma 18, D.L. n. 194/2009 conv. in legge n. 25/2010, faceva invero salva la regola del rinnovo automatico delle concessioni demaniali marittime turistico-ricreative, introdotta dall'art. 10 legge n. 88/2001. Più precisamente, l'art. 1, comma 18, D.L. n. 194/2009, conv. in l. n. 25/2010, faceva salvo il comma 4-bis dell'art. 03 del D.L. n. 400/1993, conv. in l. n. 494/1993, il quale stabiliva che le concessioni demaniali marittime potessero «avere durata superiore a sei anni e comunque non superiore a venti anni», fermo però restando la regola del rinnovo automatico tacito delle concessioni previsto dall'art. 01, comma 2°, del medesimo D.L. n. 400/1993 conv. in legge n. 494/1993, come novellato dalla ricordata Legge Baldini.

delle garanzie a tutela del diritto di impresa e del diritto di proprietà delle imprese balneari stabilite nella Repubblica Italiana, con la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 14 luglio 2016 (*Promoimpresa e Melis*, C-458/14 e C-67/15), la questione balneare italiana ha trovato il proprio *ubi consistam*.

Il Giudice eurounitario ha infatti statuito che le concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative vadano annoverate tra le autorizzazioni all'esercizio di attività economiche.

Tale approdo impone pertanto una rimeditazione di un istituto, quello della concessione di beni pubblici, che sinora era stato inteso come uno strumento negoziale volto a trasferire il bene pubblico dall'uso generale a quello eccezionale.

Dopo la sent. *Promoimpresa* quello concessorio non potrà più essere qualificato come un titolo meramente attributivo ad un soggetto privato del godimento di un bene pubblico (*ius excludendi alios*) e per tutta la durata di validità del medesimo titolo concessorio dietro corrispettivo del prezzo. La concessione, secondo la Corte di Giustizia, va infatti intesa come un atto amministrativo autorizzativo all'esercizio delle attività economiche catalogate all'art. 01 D.L. n. 400/1993 s.m.i. (gestione di stabilimenti balneari, ristoranti, noleggio natanti, strutture turistico-ricettive etc.).

2. (segue): l'uso particolare del bene pubblico.

La specialità del regime giuridico dei beni demaniali viene tradizionalmente giustificata dall'esigenza di garantire all'intera collettività il godimento delle utilità provenienti dai beni che lo compongono².

Accanto all'uso c.d. generale, e cioè quello diretto del bene pubblico da parte della Pubblica autorità, viene al contempo ammesso un uso eccezionale da parte dei privati³. Secondo SANDULLI, infatti, l'**uso generale** comporta un'ammissione

Con lettera di messa in mora complementare 2010/2734 del 5 maggio 2010, la Commissione Europea contestava pertanto al Governo Italiano che il comma 18° dell'art. 1 D.L. n. 194/2009 conv. in legge n. 25/2010 producesse l'effetto di ripristinare la normativa che si intendeva invece abrogare. Nella medesima lettera di messa in mora veniva ribadita l'incompatibilità del regime di rinnovo automatico con i principi in tema di libertà di stabilimento di cui all'art. 49 TFUE (già art. 43 del Trattato di Roma) e ora positivizzati nella Direttiva servizi. Nella nota del 5 maggio 2010, veniva espressamente evidenziato come le concessioni di beni pubblici marittimi «costituiscono autorizzazioni il cui numero è limitato ai sensi dell'art. 12 della direttiva servizi».

Non solo. Secondo la Commissione Europea, quand'anche si ritenesse non applicabile l'art. 12 della Direttiva servizi, le disposizioni normative, che prevedono la possibilità del rinnovo delle concessioni marittime a favore dell'operatore uscente, «devono essere considerate contrarie al principio della libertà di stabilimento di cui all'art. 49 TFUE».

Allo scopo di porre fine alla messa in mora complementare, la c.d. *Legge comunitaria 2010* (Legge 15 dicembre 2011, n. 217) disponeva, all'art. 11, comma 1°, lett. a), l'abrogazione dell'art. 01, comma 2, D.L. 5 ottobre 1993, n. 400 conv. in Legge 4 dicembre 1993, n. 494, venendo così soppresso il regime di rinnovo automatico di sei anni in sei anni, introdotto nel corpus del medesimo D.L. n. 400/1993 dalla c.d. legge Baldini (legge 16 marzo 2001, n. 88).

² In tema di beni pubblici, v. SANDULLI, *Beni pubblici*, in *Enciclopedia del diritto*, V, Milano, 1959, 277; RESTA, *Beni pubblici*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Libro III, Bologna, 1962, 63; GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963; QUERCI, voce *Demanio marittimo*, in *Enc. dir.*, XII, 1964, 92; CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1967; PASINI-BALUCANI, *I beni pubblici e relative concessioni*, Torino, 1978, 81; CORBINO, *Il demanio marittimo - Nuovi profili funzionali*, Milano, 1990, 21; AVANZI, *Il nuovo demanio*, Padova, 2000.

³ Tradizionalmente l'uso dei beni pubblici è tripartito in diretto, speciale e eccezionale. L'**uso comune** prevede una destinazione del bene demaniale attinente alla sua funzione primaria, di cui i singoli possono godere in ugual modo e senza bisogno di alcuna formalità. L'**uso speciale** - anch'esso funzionalmente attinente - viene invece consentito solo a specifici soggetti che lo esercitano in forza di un titolo idoneo: il pagamento di una

indiscriminata di tutti i consociati al godimento del bene, anche se dietro il pagamento di un prezzo o di una tassa, oppure previo rilascio di un permesso. In questo caso, i soggetti ammessi all'uso del bene pubblico non hanno facoltà di determinare la destinazione del bene, ma semplicemente diritto a non essere esclusi dal suo godimento (una volta previsto di destinarlo ad uso generale da parte dell'amministrazione)⁴. L'uso **particolare** dei beni pubblici trova invece titolo in una concessione amministrativa di tipo costitutivo, frutto dell'incontro tra pubblica amministrazione e singolo, che permette solo al suo beneficiario di fruire del bene previo pagamento di un canone⁵. La concessione consente così di instaurare tra Autorità demaniale e concessionario un rapporto di diritto pubblico, in forza del quale quest'ultimo acquisisce facoltà per un determinato periodo di tempo.

Le attività, che il concessionario è in grado di svolgere, *usando* il bene pubblico, debbono corrispondere, nella prospettiva seguita nelle codificazioni del 1942, ad un miglioramento delle condizioni di fruibilità del medesimo bene. Per questo motivo, gli usi eccezionali vengono posti su un piano convergente rispetto a quelli generali, il cui perseguimento resta affidato alla P.A.

3. (segue): i pubblici usi del mare.

3.1. Con specifico riferimento al demanio marittimo, il Codice della navigazione reca un'elencazione dei beni "destinati alla navigazione" (v. art. 28⁶). Il Codice della navigazione non contiene tuttavia anche un catalogo degli usi pubblici del mare, ancorché sia proprio tale strumentalità a connotare un bene come bene demaniale, come si ricava *a contrario* dall'art. 35 cod. nav., in base al quale, ove venga meno il nesso di strumentalità con il pubblico uso del mare, il bene può

somma di denaro, il rilascio di un permesso o di una licenza individuata formalmente nell'autorizzazione. L'uso **eccezionale** prevede invece il godimento esclusivo del bene da parte di un soggetto determinato grazie ad una concessione di natura costitutiva rilasciata dalla pubblica amministrazione, che fa ottenere al suo beneficiario il riconoscimento di un vero e proprio diritto reale su cosa altrui tutelabile con le azioni possessorie di spoglio e manutenzione.

⁴ SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, pp. 755 ss.; v. altresì Id., *Beni pubblici*, in *Enciclopedia del diritto*, V, Milano, 1962; CHIEPPA-LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 798 ss.; TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008, pp. 207 e ss. In giurisprudenza, v. **Cass. Civ., Sez. Un., 28 aprile 1989, n. 2015**: «tenendo presente la concezione tradizionale, secondo la quale dei beni pubblici dovrebbero esser considerate tre categorie di usi da parte dei singoli: l'uso comune, l'uso speciale e l'uso eccezionale (concezione che la moderna dottrina tende a superare, ritenendo più corretta dal punto di vista giuridico la distinzione tra uso generale e uso particolare, che designano rispettivamente l'uso cui tutti vengono indiscriminatamente ammessi, *uti cives*, anche se talvolta occorre il pagamento di un prezzo o di una tassa o il rilascio, di un permesso, e l'uso cui vengono ammessi, *uti singuli*, i beneficiari specifici provvedimenti di concessione), **non può evocarsi in dubbio che l'uso del bene demaniale concesso al privato rientri nella categoria dell'uso eccezionale**, risultando sottratto lo spazio di ormeggio all'uso comune (o a quello dell'amministrazione) dalla assegnazione di esso all'utente, che ne gode in modo esclusivo in virtù del cosiddetto contratto di ancoraggio». Più di recente, v. T.A.R. Friuli Venezia Giulia, sez. I, 20 maggio 2013, n. 297.

⁵ SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 755.

⁶ L'art. 28 cod. nav. reca un catalogo dei beni demaniali solo in parte sovrapponibile all'elenco di beni demaniali marittimi del codice civile. Infatti, ai sensi dell'**art. 28 cod. nav.**, fanno parte del demanio marittimo: «a) il lido, la spiaggia, i porti, le rade; b) le lagune, le foci dei fiumi che sboccano in mare, i bacini di acqua salsa o salmastra che almeno durante una parte dell'anno comunicano liberamente con il mare; c) i canali utilizzabili ad uso pubblico marittimo», mentre l'**art. 822, comma 1, c.c.** si limita a includere tra i beni appartenenti al demanio pubblico «il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti».

essere escluso dal demanio marittimo⁷.

3.2. All'epoca in cui entrò in vigore il Codice della navigazione (approvato con R.D. n. 327 del 30 marzo 1942, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 93 del 18 aprile 1942 ed entrato in vigore il 21 aprile del 1942), le categorie di "usi del mare" erano anzitutto viste in un'ottica bellico-militare.

Accanto a tali usi il Codice della navigazione guardava al demanio marittimo anche in un'ottica commerciale-mercantile. I pubblici usi del mare, che giustificavano l'inclusione di un bene nel demanio marittimo, erano infatti la navigazione, la pesca, la navigazione mercantile.

Ma anche nell'accezione commerciale-mercantilistica il Codice della navigazione poneva l'accento ai benefici che sarebbero derivati all'interesse pubblico dall'uso del bene da parte del privato. Nel caso del demanio marittimo la ricordata convergenza tra uso eccezionale e uso generale è talmente rilevante da assurgere a discriminante nella scelta tra più domande di concessione. All'**art. 37 cod. nav.** viene infatti sancita, nel caso di domande concorrenti, la preferenza per «il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda a un più rilevante interesse pubblico». All'**art. 36** il Codice della navigazione subordina poi la concessione di beni demaniali alla compatibilità dell'occupazione «con le esigenze del pubblico uso».

3.4. La disciplina del Codice ha per oggetto il bene pubblico; l'individuazione e la conseguente regolamentazione delle attività, a cui potrà essere destinato tale bene, sono rimesse al titolo concessorio, che verrà in concreto assunto dall'Autorità marittima⁸. I privati intrattengono infatti rapporti giuridici con l'amministrazione concedente in virtù di titoli concessori solitamente qualificabili come concessione-contratto, in cui confluiscono sia l'atto unilaterale ed autoritativo – la concessione vera e propria – sia un'articolata regolamentazione del rapporto bilaterale, fonte di obblighi e diritti reciproci, dell'ente concedente e del privato concessionario⁹.

⁷ Art. 35 "Esclusione di zone dal demanio marittimo" cod. nav: «le zone demaniali che dal capo del compartimento [16] non siano ritenute utilizzabili per pubblici usi del mare sono escluse dal demanio marittimo con decreto del ministro dei trasporti e della navigazione di concerto con quello per le finanze».

⁸ In base al vigente Codice della navigazione deve distinguersi tra concessioni per licenza e concessioni vere e proprie. Le seconde sono disciplinate dall'art. 36 cod. nav., le prime sono invece regolate dall'art. 8 ("Concessioni per licenza") reg. esec. cod. nav., il quale stabilisce che «le concessioni di durata non superiore al quadriennio che non importino impianti di difficile rimozione sono fatte dal capo del compartimento con licenza e possono essere rinnovate senza formalità di istruttoria». Sebbene la distinzione tra le due tipologie di concessione non sia sempre netta ed anzi nel codice queste siano sottoposte a una disciplina tendenzialmente unitaria, nondimeno, come osservato in dottrina, «si può, in via del tutto empirica, discriminare la concessione per licenza dalla concessione vera e propria, nel senso che quella si distingue da questa, sia sotto il profilo della sua minore importanza ed entità, sia sotto il riflesso della durata e della natura dell'attività consentita all'utente» (QUERCI, voce *Demanio marittimo*, in *Enc. Dir.*, vol. XII, Milano 1964, pp. 98-99). Più di recente è stato osservato dal T.A.R. Liguria, Sez. I, nella sentenza n. 305 del 12 marzo 2009 che: «nella concessione con licenza, il canone è prepagato, la durata è temporalmente circoscritta all'evento o alla situazione contingente da soddisfare e le opere strumentali, oltre quelle assentite, sono di ridotto impatto e facilmente rimovibili. Nella concessione d'atto, invece, il pagamento del canone va corrisposto alle scadenze previste, la durata è pluriennale tale da consentire anche l'eventuale ammortamento dei costi di realizzazione di opere o strutture fisse necessarie per l'esecuzione dell'attività disimpegnata nell'area demaniale la cui remissione in pristino, scaduta la concessione, diventa pertanto onerosa».

⁹ L'istituto della concessione-contratto è caratterizzato dalla compresenza di un provvedimento di concessione, con cui la p.a. attribuisce al privato un diritto, e una convenzione collegata al provvedimento (che può essere

Nel caso di concessioni demaniali rilasciate per attività turistico-ricreative il codice della navigazione non detta alcuna disciplina specifica o differenziata. Il legislatore se ne è occupato per la prima volta con il D.L. n. 400/1993, conv. in legge n. 494/1993¹⁰, ai sensi del cui art. 01, comma 1, «la concessione dei beni demaniali marittimi può essere rilasciata, oltre che per servizi pubblici e per servizi e attività portuali e produttive, per l'esercizio delle seguenti attività: a) gestione di stabilimenti balneari; b) esercizi di ristorazione e somministrazione di bevande, cibi precotti e generi di monopolio; c) noleggio di imbarcazioni e natanti in genere; d) gestione di strutture ricettive ed attività ricreative e sportive; e) esercizi commerciali».

Successivamente, la c.d. Legge Baldini (legge 16 marzo 2001, n. 88) ha novellato il comma 2° del citato art. 01 D.L. n. 400/1993, prevedendo che le concessioni demaniali marittime rilasciate con finalità turistico-ricreative «indipendentemente dalla natura o dal tipo degli impianti previsti per lo svolgimento delle attività, hanno durata di sei anni. Alla scadenza si rinnovano automaticamente per altri sei anni e così successivamente ad ogni scadenza».

Dal diritto positivo si ricava insomma che l'uso del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative sia soltanto uno degli usi del mare consentiti, accanto agli altri industriali-commerciali (servizi pubblici, servizi e attività portuali e produttivi).

4. La concessione di bene demaniale marittimo non ha per oggetto un bene produttivo, ma un ambito spaziale (M.S. GIANNINI). La CAUSA GIURIDICA delle concessioni demaniali marittime.

Secondo GIANNINI, le concessioni di beni appartenenti al demanio marittimo non avrebbero le caratteristiche di concessioni di produzione, come ad es. le concessioni minerarie o quelle di derivazione idrica. In ipotesi di **concessione di produzione** - osserva GIANNINI - ciò che rileva «non è il bene in sé, quanto l'uso del bene a fini produttivi» (*I beni pubblici*, Roma, 1963, p. 115 e ss.); in altri termini oggetto della concessione è il mezzo di produzione industriale, «oggetto della concessione essendo la produzione» (*op. cit.*, p. 117). Nel caso di **concessione di beni appartenenti al demanio marittimo** si attua invece una vera e propria concessione di beni, ove il bene va «inteso quale ambito spaziale dell'attività del concessionario, ossia come cosa» (*op. cit.*, p. 118). In questi casi, osserva sempre

precedente concomitante o successiva all'emanazione della concessione) contenente la disciplina dei rapporti tra la p.a. e il privato in ordine all'attività oggetto di concessione. Lo schema convenzionale della concessione-contratto viene utilizzato soprattutto nelle concessioni a privati di beni pubblici e nelle concessioni di servizi pubblici. Secondo la classificazione dei contratti di diritto pubblico di GIANNINI, le concessioni - contratto rientrano nei cosiddetti contratti di diritto pubblico accessivi a provvedimenti. Si tratta cioè di moduli convenzionali che accedono a provvedimenti, i quali sono già fonte di obbligazioni per il privato e possono produrre effetti unilaterali, quando stabiliscono obblighi solo per lui, o bilaterali, quando determinano obblighi anche per la pubblica amministrazione, v. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol.II, Milano, 1993, 344. Per una diffusa disamina sulle c.d. concessioni-contratto, si veda D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative: aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981; v. inoltre *Diritto amministrativo* (a cura di MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO, SCOCA), vol. II, Bologna 1998, 1499.

¹⁰ D.L. 5 ottobre 1993, n. 400 conv. in legge 4 dicembre 1993, n. 494 ("Disposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime").

GIANNINI, il **pubblico interesse «attiene all'esserci di queste attività dei privati, non alle attività in quanto tali»** (*op. cit.*, p. 118). Nell'ipotesi di concessioni di beni in senso stretto non assume quindi rilievo che il bene venga destinato ad una peculiare attività. La superficie demaniale potrebbe essere ad esempio destinata ad attività turistico-ricreative (stabilimenti balneari, ristoranti etc.) o a attività industriali, ma ognuna delle suddette utilizzazioni particolari potrebbe essere ritenuta dall'Autorità concedente convergente con l'interesse pubblico generale.

Che la concessione demaniale marittima abbia per oggetto un bene e non un servizio è stato confermato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, il quale, nell'escludere l'applicabilità del rito abbreviato degli appalti alle aste per l'affidamento in concessione di beni del demanio marittimo, ha osservato che, mediante tali procedure di gara, l'Amministrazione persegue il fine di affidare in concessione la superficie demaniale, non ricorrendo invece un'ipotesi di acquisizione di lavori e servizi da parte della stessa Amministrazione (**Cons. St., Sez. VI, 21 maggio 2014, n. 2620**).

Più di recente, il T.A.R. per la Toscana, nell'escludere l'applicabilità del codice dei contratti pubblici alle procedure di affidamento di concessioni demaniali marittime, ha affermato che le disposizioni in materia di appalti pubblici (D.Lgs. n. 163/2006) non si applicano «alle procedure ad evidenza pubblica riguardanti le concessioni demaniali marittime, le quali rientrano nella categoria dei contratti attivi, avendo come **causa giuridica** l'uso particolare di un'area demaniale dietro pagamento di un canone di concessione» (**T.A.R. Toscana, Sez. III, 27 maggio 2015, n. 822**). Le concessioni demaniali marittime - conclude il T.A.R. Toscana - «restano regolate dalla disciplina speciale data dal codice della navigazione, dal relativo regolamento e dalle altre norme di legge relative al regime delle stesse concessioni» (**T.A.R. Toscana, Sez. III, sent. n. 822/2015**).

Mediante la concessione demaniale, il concessionario acquista insomma la facoltà di godere, in via esclusiva, di un bene dello Stato, che viene così trasferito da un uso generale ad uno speciale.

Ed è questa - come osservato dalla sentenza del T.A.R. Toscana appena citata - la **CAUSA GIURIDICA**¹¹ della concessione-contratto che va sotto il nome di concessione demaniale marittima. Siamo cioè al cospetto di un **negozio sinallagmatico** che vede due obbligazioni principali: l'obbligazione principale dell'Autorità demaniale è quella di far godere al concessionario il bene demaniale, in via esclusiva (*ius excludendi alios*) e per tutta la durata di validità del titolo concessorio; il concessionario, per il medesimo periodo di tempo, assume, a sua volta, l'obbligazione di pagare il corrispettivo dovuto per il godimento di tale bene

¹¹ La causa del contratto coincide con la funzione del negozio. Secondo l'insegnamento tradizionale, la causa è "la funzione economico-sociale che il diritto riconosce ai suoi fini e che solo giustifica la tutela dell'autonomia privata", così nella Relazione del Ministro Guardasigilli al cod. civ. del 1942; cfr. BETTI, Teoria generale del negozio giuridico, Camerino Rist. 1994, 170 - 207; nonché Id. voce Causa del negozio giuridico, in Noviss. Dig. It., III, Torino 1957, 32 ss. Più di recente, in dottrina e giurisprudenza, si è invece affermata la teoria della c.d. causa concreta, secondo cui la causa è la funzione individuale della singola e specifica negoziazione, cioè lo scopo pratico del negozio, inteso quale sintesi degli interessi che il contratto è volto a soddisfare in concreto (cfr. Cass. civ., s.u., 3 marzo 2010, n. 6538; Cass. civ., sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490; FERRI, La causa nella teoria del contratto, in Studi sull'autonomia dei privati, a cura di Angelici e Ferri, Torino 1997, 97 ss.; Id., Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico, Milano 1966).

e cioè il canone demaniale marittimo.

Si tratta - evidentemente - di una **causa giuridica sovrapponibile a quella della locazione di diritto comune**, differendo il negozio concessorio da quello locativo per il fatto che l'Autorità demaniale conserva poteri autoritativi sul bene demaniale e, segnatamente, poteri di autotutela, si pensi ad es. alla facoltà dell'Autorità marittima di revocare la concessione «*per specifici motivi inerenti al pubblico uso del mare o per altre ragioni di pubblico interesse, a giudizio discrezionale dell'amministrazione marittima*» (così il comma 2° dell'art. 42 cod. nav.).

Dallo schema negoziale *de quo* esula invero l'uso per il quale il bene demaniale viene concesso dall'Amministrazione marittima al privato; o meglio, così come il locatore è tenuto a servirsi della cosa locata "per l'uso determinato nel contratto" (art. 1587, comma 1°, c.c.), anche il concessionario è tenuto a non mutare lo "scopo per il quale è stata fatta la concessione" (così la *lettera c*) dell'art. 47, comma 1°, cod. nav.); ciò nondimeno la destinazione impressa alla cosa locata o a quella concessa ex art. 36 cod. nav. non incide sulla causa giuridica del negozio, né muta lo schema negoziale astratto.

In altri termini, nella concessione demaniale marittima come nel contratto di locazione, la causa giuridica, indipendentemente dall'uso impresso al bene concesso, resta sempre il godimento di un bene dietro corrispettivo di un prezzo; la causa giuridica dei due negozi non è infatti la prestazione di un servizio o un *opus* nell'interesse del concedente, come ad esempio nel contratto di appalto (di diritto privato o di diritto pubblico).

Il servirsi della cosa concessa (a titolo locativo o a titolo concessorio) in modo conforme al contratto/concessione, seppure rientrando tra le obbligazioni a carico del locatario/concessionario, non rientra invece nella funzione economico-sociale, e cioè nella causa giuridica sottostante, al negozio concessorio (di diritto comune o di diritto pubblico).

5. (segue): la sentenza della Corte di Giustizia COGEP S.r.l. e la Direttiva Concessioni (Direttiva 2014/23/UE).

5.1. Conferma della riconducibilità della concessione demaniale marittima nello schema negoziale della locazione sembrava potersi inferire anche dal formante giurisprudenziale comunitario.

Infatti, la **Sezione II della Corte di Giustizia CE** (sentenza 25 ottobre 2007, *COGEP S.r.l.*, C-174/06), ha osservato che - ove sia in discussione un rapporto giuridico nell'ambito del quale ad un operatore economico è concesso il diritto di occupare ed utilizzare zone del demanio, per una durata limitata e a fronte di un corrispettivo - **la caratteristica fondamentale del rapporto «in comune con la locazione di un bene immobile, consiste nel mettere a disposizione una superficie, specificamente una parte del demanio marittimo, dietro corrispettivo, garantendo all'altra parte contrattuale il diritto di occuparlo e di utilizzarlo e di escludere le altre persone dal godimento di un tale diritto»** (punto 34°).

Dunque, anche secondo la giurisprudenza della Corte Giustizia U.E., nel caso di

affidamenti di beni pubblici demaniali, la causa tipica del rapporto negoziale non è l'attribuzione di un bene produttivo, bensì la concessione della facoltà di godere del bene stesso verso corrispettivo di un prezzo con facoltà *excludendi alios*.

Dal che poteva ricavarsi un argomento a sostegno della tesi secondo cui, anche per il diritto eurounitario, il titolo concessorio demaniale attribuisce agli operatori economici privati la facoltà di godere del bene pubblico, senza tuttavia che all'attribuzione della superficie demaniale inerisse *ex se* l'autorizzazione all'esercizio di una specifica attività imprenditoriale.

5.2. Più di recente con Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, n. 23, relativa all'aggiudicazione dei contratti di concessione, veniva ulteriormente chiarita la specificità dell'affidamento di beni demaniali, venendo osservato al 14° **considerando** che rientrano nella Direttiva n. 2006/123/CE le autorizzazioni o licenze con cui l'Autorità pubblica stabilisce le condizioni per l'esercizio di un'attività economica, mentre al 15° **Considerando** è precisato che: *«taluni accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, quali terreni o qualsiasi proprietà pubblica, in particolare nel settore dei porti marittimi o interni o degli aeroporti, mediante i quali lo Stato oppure l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore fissa unicamente le condizioni generali d'uso senza acquisire lavori o servizi specifici, non dovrebbero configurarsi come concessioni ai sensi della presente direttiva. Ciò vale di norma per i contratti di locazione di beni o terreni di natura pubblica che generalmente contengono i termini che regolano la presa di possesso da parte del conduttore, la destinazione d'uso del bene immobile, gli obblighi del locatore e del conduttore per quanto riguarda la manutenzione del bene immobile, la durata della locazione e la restituzione del possesso del bene immobile al locatore, il canone e le spese accessorie a carico del conduttore»*.

Dunque, dal momento che la *Direttiva concessioni* al 14° considerando delinea il proprio perimetro applicativo in relazione a quello della *Direttiva Servizi* e al 15° considerando esclude dal proprio ambito applicativo le concessioni di beni demaniali, da ciò avrebbe potuto ricavarsi che autorizzazioni all'esercizio di attività economiche, concessioni di servizi e concessioni di beni costituissero tre distinte materie.

Dalla lettura congiunta del 14° e del 15° considerando della Direttiva n. 2014/23/UE si ricava cioè una netta distinzione tra le autorizzazioni all'esercizio di servizio (14° considerando) e i titoli di godimento di un bene demaniale (15° considerando). Se i secondi fossero stati assimilabili ai primi, il 15° considerando non avrebbe avuto ragione di essere formulato, poiché sarebbe bastata la precisazione recata dal 14° considerando, che rinvia appunto alla *Direttiva Servizi*.

6. (segue): la sentenza del Tribunal Constitucional del Regno di Spagna del 5 novembre 2015.

In epoca recente, anche il Tribunale costituzionale del Regno di Spagna aveva avallato la tesi secondo cui le concessioni demaniali dovrebbero ricondursi tra i titoli di godimento di un bene e non tra gli atti di assenso all'esercizio di attività economiche.

Infatti, il Tribunal Constitucional del Regno di Spagna con la sentenza del 5 novembre 2015, nel ritenere infondate, in relazione alla Direttiva Servizi, le questioni di costituzionalità della Ley de Costas nella parte in cui concede una "proroga de extraordinaria" ai concessionari di beni demaniali marittimi, aveva affermato che le concessioni demaniali marittime si configurano come «*un título de ocupación del dominio público, no como medida de intervención en garantía de leyes sectoriales que recaigan sobre la actividad*».

Osserva il Tribunal Constitucional: «*será pues esta legislación sectorial la que discipline las actividades empresariales de las que la concesión demanial resulta ser únicamente el soporte físico y, señaladamente, la legislación "ordenada a la defensa de la libertad de competencia, mediante la prevención y, en su caso, la represión de las situaciones que constituyen obstáculos creados por decisiones empresariales para el desarrollo de la competencia en el mercado" (STC 108/2014, de 26 de junio, FJ 3, y las allí citadas)*».

Dunque, la concessione demaniale, per il Tribunale costituzionale del Regno di Spagna, è unicamente il soporte físico per l'esercizio di un'attività di intrapresa, il cui esercizio sarà governato dalla legislazione settoriale, ma il diritto comunitario incide su quest'ultima legislazione e non anche su quella che attribuisce al privato il godimento di un bene.

7. La sentenza *Promoimpresa*.

La recente decisione della Corte di Giustizia ha sottratto le concessioni dall'ambito, in cui tradizionalmente erano state ricomprese, e cioè quello delle concessioni di beni, per ricondurle nell'ambito delle autorizzazioni all'esercizio di attività economiche.

La sentenza *Promoimpresa* - come vedremo - non si pronuncia però sul carattere reale del rapporto che lega il concessionario con il compendio che incide sulla superficie demaniale, ma che, secondo il nostro formante interno, deve ritenersi di proprietà del concessionario (sul punto v. § 19 e ss.).

La sentenza *Promoimpresa* impone pertanto una ricomposizione da parte del formante giurisprudenziale interno e eurounitario di valori e interessi alla radice dell'Unione Europea e cioè i diritti fondamentali del cittadino dell'Unione e interessi di rilievo anche pubblicistico quale la promozione della concorrenza.

È quindi compito dell'interprete individuare controlimiti ai principi enunciati dalla sentenza *Promoimpresa*, perché questa non produca l'effetto di spogliare in difetto di una causa di pubblica utilità e di un indennizzo le attuali imprese balneari delle *utilitates* di cui le stesse hanno sin qui legittimamente goduto in base ad atti legali di carattere amministrativo o normativo.

Con la sentenza in commento la Sezione V della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha infatti dichiarato che:

- i) 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.

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

8. (segue): sulla soluzione della questione pregiudiziale circa l'applicabilità dell'art. 12 Direttiva 2006/123/CE alle concessioni demaniali.

Il Giudice eurounitario ha anzitutto esaminato la questione pregiudiziale sollevata dalla Sezione I del T.A.R. per la Sardegna con ordinanza n. 224 del 28 gennaio 2015: «se l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE osti ad una disposizione nazionale, quale l'art. 1, comma 18 del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25, e successive modifiche ed integrazioni, che consente la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere per attività turistico-ricreative, fino al 31 dicembre 2015; ovvero fino al 31 dicembre 2020, ai sensi dell'art. 34-duodecies del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, inserito dall'articolo 1, comma 1, della legge 17 dicembre 2012, n. 221, di conversione del predetto decreto-legge».

Secondo il Giudice amministrativo sardo, infatti, la Direttiva 2006/123/CE non consentirebbe il decorso di (lunghi) periodi transitori, come quelli accordati dall'art. 1 comma 18 D.L. n. 194/2009 s.m.i. Una siffatta dilazione consentirebbe "una sostanziale elusione della normativa comunitaria" e segnatamente dell'art. 12 (*Selezione tra diversi candidati*) Direttiva 2006/123/CE, ai sensi del quale, nel caso in cui "il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali" gli operatori economici ammessi ad esercitare siffatta attività vanno selezionati previa procedura comparativa («che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento»). Inoltre, viene previsto al paragrafo 2° dell'art. 12 che l'autorizzazione deve essere in ogni caso rilasciata «per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami».

Tale disposizione - osserva la Sezione I del T.A.R. Sardegna - sarebbe formalmente recepita dall'art. 16 del D.Lgs. n. 59/2010, ma sarebbe al contempo sostanzialmente disapplicata per effetto della vigenza di una disciplina legislativa speciale (e cioè il comma 18° dell'art. 1 D.L. n. 194/2009 s.m.i.) che avrebbe l'effetto di riconoscere «un sostanziale "diritto di insistenza" sulle concessioni demaniali marittime in essere».

9. Riconducibilità delle concessioni demaniali nel novero delle

autorizzazioni all'esercizio di attività economiche. Esclusione delle concessioni demaniali dall'ambito applicativo della Direttiva Concessioni.

In limine viene osservato dalla Sezione V della Corte di Giustizia che le concessioni demaniali (marittime e lacuali) possono essere qualificate come autorizzazioni, ai sensi dell'art. 4, punto 6°, della Direttiva 2006/123/CE, il quale precisa che nel "regime di autorizzazione" va compresa «qualsiasi procedura che obbliga un prestatore o un destinatario a rivolgersi ad un'autorità competente allo scopo di ottenere una decisione formale o una decisione implicita relativa all'accesso ad un'attività di servizio o al suo esercizio» (punto 41° sent. *Promoimpresa*).

Ciò in quanto le concessioni demaniali - secondo la Corte di Giustizia - «costituiscono atti formali, qualunque sia la loro qualificazione nel diritto nazionale, che i prestatori devono ottenere dalle autorità nazionali al fine di poter esercitare la loro attività economica» (punto 41° sent. *Promoimpresa*).

Ai punti 45-47 della sent. *Promoimpresa* viene poi precisato che oggetto dell'autorizzazione non è una concessione di servizi e cioè la gestione di un servizio determinato che un'autorità aggiudicatrice (e cioè l'Amministrazione concedente) trasferisce al privato, bensì l'esercizio di un'attività economica da esercitare in un'area demaniale. Di talché, non rileva la disciplina eurounitaria sulle concessioni di servizi, oggi codificata nella Direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione. Del resto il 15° considerando di quest'ultima Direttiva esclude espressamente dal proprio ambito applicativo il diritto di operatori economici di gestire beni del demanio marittimo.

10. Le concessioni demaniali sono autorizzazioni che riguardano risorse naturali. Laddove il Giudice nazionale accerti che tali risorse siano scarse, le autorizzazioni vanno rilasciate mediante una procedura selettiva e per un periodo di tempo limitato, con conseguente esclusione di rinnovi automatici.

Al punto 42° della sent. *Promoimpresa* viene osservato che le concessioni demaniali riguardano risorse naturali. Al successivo punto 43° viene tuttavia osservato che la questione della scarsità della risorsa naturale (e cioè il bene demaniale lacuale o marittimo) va risolta dal Giudice nazionale.

Al riguardo la Corte di Giustizia enuncia una sorta di criterio ermeneutico per il Giudice nazionale, osservando che «il fatto che le concessioni di cui ai procedimenti principali siano rilasciate a livello non nazionale bensì comunale deve, in particolare, essere preso in considerazione al fine di determinare se tali aree che possono essere oggetto di uno sfruttamento economico siano in numero limitato» (punto 43° sent. *Promoimpresa*).

In altri termini, il Giudice nazionale dovrebbe valutare la scarsità delle risorse in relazione al livello di governo a cui l'ordinamento attribuisce il potere di rilasciare nuove concessioni.

Ove il Giudice nazionale ritenesse che le risorse naturali siano scarse, troverebbe allora applicazione il ricordato paragrafo 2 dell'art. 12 Direttiva 2006/123/CE, ai sensi del quale:

i) la durata dell'autorizzazione deve essere adeguata e cioè - si legge al 62° considerando della Direttiva 2006/123/CE - «la durata dell'autorizzazione concessa dovrebbe essere fissata in modo da non restringere o limitare la libera concorrenza al di là di quanto è necessario per garantire l'ammortamento degli investimenti e la remunerazione equa dei capitali investiti»;

ii) è fatto divieto agli Stati membri di prevedere procedure di rinnovo automatico.

Laddove sia applicabile l'art. 12, paragrafo 1, della Direttiva 2006/123/CE e cioè in tutte le ipotesi in cui il Giudice nazionale accerti, preliminarmente, che le risorse demaniali siano scarse, in siffatte ipotesi - osserva la Corte di Giustizia - la proroga automatica prevista dall'art. 1, comma 18°, D.L. n. 194/2009 s.m.i. si porrebbe in contrasto con il paragrafo 2° del medesimo art. 12. Ciò in quanto «la proroga ex lege della data di scadenza delle autorizzazioni equivale a un loro rinnovo automatico» (punto 50° della sent. *Promoimpresa*).

Per effetto della proroga automatica verrebbe inoltre ad essere precluso di organizzare procedure selettive volte ad individuare gli operatori economici come invece previsto dal paragrafo 1° dell'art. 12 Direttiva 2006/123/CE.

11. (segue): principio di tutela del legittimo affidamento e proroga delle concessioni demaniali.

Ai punti 52-56, la Corte di Giustizia affronta la questione della tutela del legittimo affidamento dei concessionari.

Premette il Giudice eurounitario che il legislatore dell'Unione ha previsto che, in seno alle procedure selettive, è possibile tener conto di considerazioni legate a motivi imperativi di interesse generale; ma ciò limitatamente alla fase di selezione dei candidati (punti 53 e 54 sent. *Promoimpresa*).

Dunque, anche a voler ricondurre la tutela dell'affidamento tra i motivi di interesse generale, ciò non sarebbe sufficiente a giustificare una proroga automatica e indiscriminata di tutte le concessioni in essere, posto che la proroga equivale ad un rinnovo senza gara espressamente vietato dal paragrafo 2° dell'art. 12 Direttiva 2006/123/CE (cfr. punto 55 sent. *Promoimpresa*).

Al paragrafo 56 viene peraltro affermato un principio fondamentale.

Nell'aderire alle conclusioni dell'Avvocato Generale M. Szpunar del febbraio 2016, la Corte di Giustizia osserva che una giustificazione della proroga delle concessioni in essere fondata sul principio della tutela del legittimo affidamento «richiede una valutazione caso per caso che consenta di dimostrare che il titolare dell'autorizzazione poteva legittimamente aspettarsi il rinnovo della propria autorizzazione e ha effettuato i relativi investimenti».

Dunque, è fatta salva la facoltà di addivenire a proroghe amministrative in tutti i casi in cui il concessionario possa dimostrare che, confidando sul rinnovo della propria autorizzazione, avesse effettuato i relativi investimenti e ciò in misura corrispondente al tempo occorrente per il loro ammortamento e per remunerare il

capitale (cfr. considerando 62° della Direttiva 2006/123/CE).

Al di fuori dei suddetti limitati casi - conclude la Corte di Giustizia - «l'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123 deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che preveda 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» (punto 56° sent. *Promoimpresa*).

Ciò - come si dirà infra - costituisce quindi anche l'affermazione di un rinnovato (e limitato) diritto di insistenza compatibile con il diritto eurounitario (ma sul punto v. lettera B) del § 18).

12. Sulla soluzione della questione pregiudiziale circa la compatibilità della proroga automatica ex lege con libertà di stabilimento (art. 49 TFUE), libertà di prestazione di servizi (art. 56 TFUE), nonché con i principi di trasparenza e non discriminazione (art. 106 TFUE).

12.1. Ai punti 58-74 della sent. *Promoimpresa* viene poi affrontata la questione della compatibilità della proroga *ex lege* al 2020 con il diritto primario dell'Unione e cioè con gli artt. 49, 56 e 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea. Si tratta in particolare dei principi di libertà di stabilimento (art. 49 TFUE ex articolo 43 del TCE), libertà di prestazione dei servizi (art. 56 TFUE ex articolo 49 del TCE), parità di trattamento e divieto di discriminazione in base alla nazionalità (artt. 49 e 56 TFUE), trasparenza e non discriminazione (art. 106 TFUE ex articolo 86 del TCE).

Al riguardo osserva la Corte di Giustizia che la questione pregiudiziale *de qua* si porrà soltanto nelle ipotesi in cui il Giudice nazionale ritenga che, in concreto, la controversia in tema di affidamento di concessioni demaniali marittime sia sottratta all'ambito applicativo dell'art. 12 Direttiva 2006/123/CE; il che si ha nelle sole ipotesi in cui il Giudice nazionale verifichi che le aree demaniali, che possono essere oggetto di uno sfruttamento economico, non siano in numero limitato (cfr. punto 43° della sent. *Promoimpresa*).

La c.d. Direttiva Servizi costituisce infatti una fonte eurounitaria di armonizzazione completa a livello dell'Unione Europea. Dunque, *in subiecta materia* opera il principio secondo cui, nei settori armonizzati, la compatibilità delle fonti nazionali con quelle eurounitarie va valutata con riferimento al diritto derivato e non con quello primario dei Trattati.

Da qui l'inferenza, enunciata al punto 62° della sent. *Promoimpresa*, secondo cui «le questioni pregiudiziali, nella misura in cui vertono sull'interpretazione del diritto primario, si pongono solo nel caso in cui l'articolo 12 della direttiva 2006/123 non sia applicabile ai procedimenti principali, circostanza che spetta ai giudici del rinvio stabilire [cfr. punto 43° della medesima sent. *Promoimpresa*]».

12.2. Ciò premesso, osserva la Corte di Giustizia che le concessioni demaniali «riguardano un diritto di stabilimento nell'area demaniale finalizzato a uno sfruttamento economico per fini turistico-ricreativi», di talché le relative procedure di affidamento e di rinnovo «rientrano, per loro stessa natura, nell'ambito

dell'articolo 49 TFUE».

Per tale ragione, al di là del fatto che l'affidamento delle concessioni demaniali rientri in settori armonizzati dal diritto eurounitario derivato, l'assegnazione delle stesse dovrebbe avvenire nel rispetto delle regole fondamentali del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e, segnatamente, in ossequio al principio di non discriminazione (v. punto 64 sent. *Promoimpresa*).

Qualora la concessione demaniale presenti un "interesse transfrontaliero certo" - viene osservato al punto 65 della sent. *Promoimpresa* - «la sua assegnazione in totale assenza di trasparenza ad un'impresa con sede nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice costituisce una disparità di trattamento a danno di imprese con sede in un altro Stato membro che potrebbero essere interessate alla suddetta concessione. Una siffatta disparità di trattamento è, in linea di principio, vietata dall'articolo 49 TFUE».

12.3. In presenza di un *interesse transfrontaliero certo*, la proroga *ex lege* delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative ha dunque l'effetto di ritardare il rilascio delle concessioni mediante una "procedura trasparente di gara"; di talché, una proroga automatica finirebbe per conculcare l'esercizio del diritto di stabilimento da parte di imprese di altro Stato membro (cfr. punto 70 sent. *Promoimpresa*).

L'art. 1, comma 18°, D.L. n. 194/2009 s.m.i. costituisce inoltre una misura normativa nazionale che non può peraltro essere giustificata nemmeno a tutela del principio di certezza del diritto.

Infatti, è vero che in base all'invocato principio di certezza del diritto, la risoluzione anticipata di una concessione pubblica esiga la previsione di un adeguato periodo transitorio "che permetta alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili" (punto 72° sent. *Promoimpresa*), ma tale principio non potrebbe essere invocato per far salve concessioni rilasciate successivamente all'affermazione da parte del Giudice eurounitario della *regula iuris* secondo cui i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo debbano essere soggetti a obblighi di trasparenza; principio che, come detto, la giurisprudenza eurounitaria ha enunciato con la sentenza della Sezione VI del 7 dicembre 2000, *Teleaustria*, C-324/98.

13. Le sorti delle concessioni demaniali marittime all'indomani della sent. *Promoimpresa*. Loro perdurante efficacia.

13.1. Al fine di comprendere le ricadute della sent. *Promoimpresa* nel settore delle concessioni c.d. balneari, va premesso che il giudice nazionale «ha l'obbligo di garantire la tutela delle situazioni giuridiche soggettive sorte per effetto delle norme dell'ordinamento giuridico comunitario, senza dover chiedere o attendere l'effettiva rimozione, ad opera degli organi nazionali all'uopo competenti, delle eventuali misure nazionali che ostino alla diretta e immediata applicazione delle norme comunitarie» (Corte di Giustizia 9 marzo 1978, *Simmenthal*, C-106/77).

In altri termini, il diritto eurounitario deve trovare applicazione senza bisogno

di misure legislative nazionali volte ad eliminare in concreto gli ostacoli alla sua immediata operatività.

Infatti, ordinamento comunitario e ordinamento interno sono due sistemi che vanno «configurati come autonomi e distinti, ancorché coordinati, secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dal Trattato» (così Corte Costituzionale sentenza n. 170 del 5 giugno 1984, nota come sentenza *Granital*).

Tale coordinamento tra fonti comunitarie e fonti interne discende - osserva sempre la Corte Costituzionale nella sentenza *Granital* - dall'art. 11 Cost., il quale, nel prevedere che l'Italia «consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia tra le Nazioni», ha permesso di riconoscere alle norme comunitarie efficacia obbligatoria nel nostro ordinamento.

Ciò in quanto la legge di esecuzione del Trattato CEE ha trasferito agli organi comunitari, in conformità dell'art. 11 Cost., le competenze che questi esercitano nei limiti del principio di attribuzione (sent. *Granital*¹²).

La fonte comunitaria appartiene nondimeno ad altro ordinamento, diverso da quello statale, cosicché «le norme da essa derivanti vengono, in forza dell'art. 11 Cost., a ricevere diretta applicazione nel territorio italiano, ma rimangono estranee al sistema delle fonti interne» (Corte Cost. sent. n. 170/1984 cit.).

Per effetto di tale meccanismo la fonte comunitaria «è destinata ad operare, con caratteristica immediatezza, così nella nostra sfera territoriale, come in quella di ogni altro Stato membro; il sistema statale, dal canto suo, si apre a questa normazione, lasciando che le regole in cui essa si concreta vengano nel territorio italiano, quali sono scaturite dagli organi competenti a produrle» (Corte Cost. sent. n. 170/1984 cit.).

Da qui la qualificazione della normativa di produzione comunitaria in termini di «fonte esterna a competenza riservata» (Corte Costituzionale sentenza n. 389 dell'11 luglio 1989). Le norme comunitarie «operano direttamente nell'ordinamento interno come norme investite di "forza o valore di legge", vale a dire come norme che, nei limiti delle competenze e nell'ambito degli scopi propri degli organi di produzione normativa della Comunità, hanno un rango primario» (sent. n. 389/1989 cit.).

13.2. A cagione dell'autonomia dei due ordinamenti, il conflitto tra fonti non può tuttavia essere risolto mediante il fenomeno dell'abrogazione della fonte interna contrastante con quella comunitaria, bensì mediante il diverso meccanismo della c.d. disapplicazione.

In ossequio al principio di attribuzione, nelle materie riservate dai Trattati all'Unione Europea, le Istituzioni eurounitarie e gli Stati membri sono cioè chiamati ad applicare il diritto dell'Unione, il quale prevale sulle fonti del diritto interno che cessano pertanto di essere applicate sia dalle Autorità amministrative, sia dalle Autorità giudiziarie.

¹² È stato osservato nella sentenza *Granital* che l'art. 11 Cost. («collocato non senza significato e conseguenze tra i principi fondamentali della Carta») ha consentito alle Comunità europee, oggi Unione europea, «di esercitare in luogo degli Stati membri competenze normative in determinate materie, nei limiti del principio di attribuzione».

Viene infatti osservato nella sentenza n. 170/1984: «il giudice italiano accerta che la normativa scaturente da tale fonte regola il caso sottoposto al suo esame, e ne applica di conseguenza il disposto, con esclusivo riferimento al sistema dell'ente sovranazionale: cioè al solo sistema che governa l'atto da applicare e di esso determina la capacità produttiva».

Il primato della fonte comunitaria su quella interna nelle materie riservate alle Istituzioni comunitarie si traduce non già nella caducazione della norma interna incompatibile con quella comunitaria, bensì nell'impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale¹³.

Da qui l'obbligo per qualsiasi Giudice nazionale, in ossequio al principio di cooperazione previsto dall'art. 4 T.U.E. (riproduttivo dell'art. 10 TCE) di applicare integralmente il diritto dell'Unione e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli «disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore sia successiva alla norma dell'Unione» (così Corte di Giustizia CE, Grande Sezione, 8 settembre 2010, *Winner Wetten GmbH*, C-409/06).

Ogni qualvolta la definizione di una controversia dipenda dall'applicazione del diritto comunitario, il giudice interno dovrà perciò risolverla sulla base di quel diritto, senza invece tener conto delle fonti interne eventualmente contrastanti con esso.

Da qui, l'ulteriore inferenza dell'incompatibilità con le esigenze inerenti alla natura stessa del diritto dell'Unione di «qualsiasi disposizione facente parte dell'ordinamento giuridico di uno Stato membro o qualsiasi prassi, legislativa, amministrativa o giudiziaria, la quale porti ad una riduzione della concreta efficacia del diritto dell'Unione per il fatto che sia negato al giudice, competente ad applicare questo diritto, il potere di fare, all'atto stesso di tale applicazione, tutto quanto è necessario per disapplicare le disposizioni legislative nazionali che eventualmente ostino alla piena efficacia delle norme direttamente applicabili del diritto dell'Unione» (sent. *Winner Wetten GmbH* cit.).

La disapplicazione è perciò «un modo di risoluzione delle antinomie normative che, oltre a presupporre la contemporanea vigenza delle norme reciprocamente contrastanti, non produce alcun effetto sull'esistenza delle stesse e, pertanto, non può esser causa di qualsivoglia forma di estinzione o di modificazione delle disposizioni che ne siano oggetto» (Corte Costituzionale sent. n. 389/1989 cit.). Dunque, al di fuori dell'ambito materiale in cui è destinata ad operare la disciplina comunitaria, «la regola nazionale serba intatto il proprio valore e spiega la sua efficacia; e d'altronde, è appena il caso di aggiungere, essa soggiace al regime previsto per l'atto del legislatore ordinario, ivi incluso il controllo di costituzionalità» (sent. *Granital* cit.).

¹³ Corte Cost. sent. n. 389/1989: «nel campo riservato alla loro competenza, le norme comunitarie direttamente applicabili prevalgono rispetto alle norme nazionali, anche se di rango legislativo, senza tuttavia produrre, nel caso che queste ultime siano incompatibili con esse, effetti estintivi. Più precisamente, l'eventuale conflitto fra il diritto comunitario direttamente applicabile e quello interno, proprio perché suppone un contrasto di quest'ultimo con una norma prodotta da una fonte esterna avente un suo proprio regime giuridico e abilitata a produrre diritto nell'ordinamento nazionale entro un proprio distinto ambito di competenza, non dà luogo a ipotesi di abrogazione o di deroga, né a forme di caducazione o di annullamento per invalidità della norma interna incompatibile, ma produce un effetto di disapplicazione di quest'ultima, seppure nei limiti di tempo e nell'ambito materiale entro cui le competenze comunitarie sono legittimate a svolgersi».

Tali principi, inizialmente affermati per i regolamenti comunitari (sent. *Granital* cit.), sono stati estesi dapprima alle statuizioni contenute in sentenze interpretative della Corte di Giustizia ex art. 177 (poi art. 234 TCE, oggi art. 267 TFUE, cfr. Corte Costituzionale sent. n. 113 del 23 aprile 1985) e delle sentenze di condanna ex art. 169 (poi art. 226 TCE, oggi art. 258 TFUE, cfr. Corte Costituzionale sent. n. 389/1989 cit.), ed in fine alle direttive c.d. dettagliate (Corte Costituzionale, 18 aprile 1991, n. 168).

14. (segue): sull'efficacia delle sentenze della Corte di Giustizia.

14.1. Secondo la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, l'interpretazione che la Corte fornisce del diritto eurounitario, nell'esercizio della competenza attribuitale dall'art. 267 TFUE (ex art. 234 TCE), «chiarisce e precisa il significato e la portata della norma stessa come deve o avrebbe dovuto essere intesa ed applicata dal momento della sua entrata in vigore» (Corte di Giustizia, Sez. II, 17 febbraio 2005, *Finanzamt Gladbeck*, in C-453/02 e C-462/02; Corte di Giustizia CE, Grande Sezione, 12 febbraio 2008, *Kempter KG*, C-2/06).

Cosicché - osserva la Corte di Giustizia - «una sentenza pregiudiziale ha valore non costitutivo bensì puramente dichiarativo, con la conseguenza che i suoi effetti risalgono alla data di entrata in vigore della norma interpretata» (sent. *Kempter KG* cit.).

Dunque, in forza del principio del primato del diritto dell'Unione, il diritto primario e quello derivato, come interpretati dalla giurisprudenza eurounitaria, sono direttamente applicabili ed hanno l'effetto, nei loro rapporti con il diritto interno degli Stati membri, «di rendere *ipso iure* inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale (v., in particolare, Corte di Giustizia, 9 marzo 1978, *Simmenthal*, C-106/77, punto 17, nonché 19 giugno 1990, *Factortame*, C-213/89, punto 18).

14.2. Conformemente ai suddetti principi anche il formante giurisprudenziale interno è oggi costante nell'affermare che le statuizioni recate dai *dicta* della Corte Giustizia siano suscettibili di immediata applicazione da parte dei Giudici nazionali, ai quali spetta affermare la primazia del diritto comunitario sul diritto interno, alla stregua dei criteri stabiliti dalla Corte di Giustizia, quale interprete qualificato dei Trattati e del diritto comunitario derivato (cfr. Corte Costituzionale sent. n. 113 del 23 aprile 1985).

Secondo un ormai consolidato indirizzo della Corte Costituzionale, «le statuizioni interpretative della Corte di Giustizia delle Comunità Europee hanno, al pari delle norme comunitarie direttamente applicabili, operatività immediata negli ordinamenti interni» (Corte Cost., 16 marzo 1990, n. 132; nello stesso senso v. Id. 23 aprile 1985, n. 113; 11 luglio 1989, n. 389; 18 aprile 1991, n. 168; 16 giugno 1993, n. 285; 23 giugno 1999, n. 255; 14 marzo 2003, n. 62).

Posto che i Trattati attribuiscono alla Corte di giustizia il compito assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del medesimo Trattato, ne consegue - secondo la Corte Costituzionale - che «qualsiasi sentenza che applica e/o interpreta una norma comunitaria ha indubbiamente carattere di sentenza

dichiarativa del diritto comunitario, nel senso che la Corte di giustizia, come interprete qualificato di questo diritto, ne precisa autoritariamente il significato con le proprie sentenze e, per tal via, ne determina, in definitiva, l'ampiezza e il contenuto delle possibilità applicative» (Corte Costituzionale sent. n. 389 dell'11 luglio 1989).

Da qui la conclusione che «la precisazione o l'integrazione del significato normativo compiute attraverso una sentenza dichiarativa della Corte di giustizia abbiano la stessa immediata efficacia delle disposizioni interpretate» (sent. n. 389/1989 cit.).

14.3. Dall'equiordinazione dei *dicta* del Giudice eurounitario alle fonti normative comunitarie consegue che le pronunce della Corte hanno efficacia *ultra partes* (cfr. Cass., Sez. Trib., 11 dicembre 2012, n. 22577). Infatti, viene osservato sempre dalla Cassazione Civile, le sentenze della Corte di Giustizia hanno sì valore di ulteriore fonte del diritto comunitario, ma non creano *ex novo* norme comunitarie, bensì ne indicano il significato ed i limiti di applicazione «con efficacia *erga omnes* nell'ambito della Comunità» (Cass., Sez. III, 2 marzo 2005, n. 4466).

Ancora più di recente l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha ribadito che «le sentenze pregiudiziali interpretative della Corte di Giustizia hanno la stessa efficacia vincolante delle disposizioni interpretate: la decisione della Corte resa in sede di rinvio pregiudiziale, dunque, oltre a vincolare il giudice che ha sollevato la questione, spiega i propri effetti anche rispetto a qualsiasi altro caso che debba essere deciso in applicazione della medesima disposizione di diritto» (sent. 9 giugno 2016, n. 11).

Le decisioni della Corte di Giustizia producono quindi effetti endoprocessuali ed extraprocessuali, posto che i *dicta* della Corte esorbitano dai ristretti confini del giudizio *a quo*¹⁴.

La norma interpretata dal Giudice eurounitario è dunque applicabile «anche a rapporti giuridici sorti e sviluppatasi prima della sentenza che statuisce sulla domanda d'interpretazione» (Corte di Giustizia, Sez. II, 17 febbraio 2005, *Finanzamt Gladbeck*, in C-453/02 e C-462/02, punto 41°).

Di seguito si vedrà tuttavia che tale principio, secondo la giurisprudenza della medesima Corte, non è destinato a trovare un'applicazione incondizionata.

15. (segue): limiti all'estensione degli effetti extraprocessuali delle sentenze della Corte di Giustizia.

L'applicazione dei *decisa* eurounitari ai rapporti giuridici sorti e sviluppatasi prima della sentenza dichiarativa della Corte di Giustizia viene condizionata dalla medesima Corte alla sussistenza di presupposti per sottoporre al giudice competente una lite relativa all'applicazione di detta norma (cfr. sent. *Finanzamt Gladbeck*, punto 41° cit.¹⁵).

¹⁴ M. Condinanzi, R. Mastroianni, *Il Contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, 231 ss.

¹⁵ Si legge al punto 41° della sentenza della Corte di Giustizia, Sez. II, 17 febbraio 2005, *Finanzamt Gladbeck*, in C-453/02 e C-462/02, la norma di diritto comunitario, come interpretata dalla Corte di Giustizia, «può e deve essere applicata dal giudice anche a rapporti giuridici sorti e sviluppatasi prima della sentenza che statuisce sulla

Al punto 42° della citata sentenza *Finanzamt Gladbeck* viene inoltre osservato che «in via eccezionale, applicando il principio generale della certezza del diritto inerente all'ordinamento giuridico comunitario, la Corte può essere indotta a limitare la possibilità per gli interessati di far valere una disposizione da essa interpretata onde rimettere in discussione rapporti giuridici costituiti in buona fede».

Dunque, la Corte di Giustizia si è riservata il potere di limitare temporalmente le proprie decisioni, attribuendo alle stesse efficacia *ex nunc* in funzione del principio di certezza del diritto (cfr. Corte di Giustizia, 8 aprile 1976, *Defrenne I*, C-43/75; Id., 23 maggio 2000, *Buchner*, C-104/98; Id., 9 settembre 2004, *Carbonati Apuani*, C-72/03).

16. (segue): sull'obbligo delle Autorità amministrative di conformarsi ai decisa eurounitari. Suoi limiti.

16.1. L'obbligo di conformarsi ai *decisa* del Giudice eurounitario si estende anche all'Autorità amministrative.

Nella sentenza *Fratelli Costanzo S.p.a.* (22 giugno 1989, C-103/88), la Corte di Giustizia ha affermato il principio secondo cui l'osservanza del diritto derivato ricade, oltre che sui giudici interni, su tutte le Autorità degli Stati membri. Viene infatti precisato che «affinché le disposizioni di una direttiva siano invocabili dai singoli dinanzi ai giudici nazionali, tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali, come i comuni, sono tenuti ad applicare le suddette disposizioni» (punto 31°).

Il medesimo principio è stato poi esteso dalla coeva sentenza n. 389/1989 della Corte Costituzionale alle decisioni della Corte di Giustizia.

Più precisamente, viene osservato che «tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi (e agli atti aventi forza o valore di legge) - tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi - sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con le norme stabilite dagli artt. 52 e 59 del Trattato CEE nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia europea» (sent. n. 389/1989 cit.¹⁶).

A ciò si aggiunga che sui giudici nazionali e sulle Autorità amministrative incombe l'obbligo di interpretare il diritto interno in modo conforme all'ordinamento giuridico dell'Unione (cfr. Corte di Giustizia, 10 aprile 1984, *von Colson e Kamann*, C-14/83; nello stesso senso v. Corte Costituzionale sent. n.

domanda d'interpretazione, *sempreché*, d'altro canto, sussistano i presupposti per sottoporre al giudice competente una lite relativa all'applicazione di detta norma».

¹⁶ Nello stesso senso, più di recente, Corte Costituzionale, 24 giugno 2010, n. 227: «è sempre in forza dell'art. 11 Cost. che questa Corte ha riconosciuto il potere-dovere del giudice comune, e prima ancora dell'amministrazione, di dare immediata applicazione alle norme comunitarie provviste di effetto diretto in luogo di norme nazionali che siano con esse in contrasto insanabile in via interpretativa; ovvero di sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione di quel parametro costituzionale quando il contrasto fosse con norme comunitarie prive di effetto diretto».

170/1984 cit.¹⁷).

16.2. Anche il potere/dovere dell'Autorità amministrativa di conformarsi ai *decisa* del Giudice eurounitario non è tuttavia incondizionato.

Osserva infatti la giurisprudenza comunitaria come «conformemente al principio di certezza del diritto, il diritto comunitario non esige che un organo amministrativo sia, in linea di massima, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito carattere definitivo alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale (v. sentenza 13 gennaio 2004, *Kühne & Heitz*, C-453/00).

Il rispetto di tale principio permette di evitare che atti amministrativi produttivi di effetti giuridici vengano rimessi in discussione all'infinito» (Corte di Giustizia C.E., Grande Sezione, 19 settembre 2006, *i-21 Germany GmbH*, C-392/04).

Nella rammentata sentenza *Kühne & Heitz* (nello stesso senso Corte Giustizia, Sez. II, 4 ottobre 2012, in C-249/11 *Byankov*) è stato inoltre precisato che **l'organo amministrativo**, responsabile dell'adozione di una decisione amministrativa divenuta definitiva, è **tenuto**, in applicazione del principio di cooperazione derivante dall'art. 10 TCE (e ora recepito dall'art. 4, paragrafo 3, TUE), **a riesaminare tale decisione**, ed eventualmente a ritornare su di essa per tener conto, in particolare, dell'interpretazione di una pertinente disposizione del diritto dell'Unione nel frattempo accolta dalla Corte, ove siano soddisfatte le seguenti quattro condizioni che:

- i) disponga, secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare su tale decisione;
- ii) la decisione in questione sia divenuta definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza ovvero per scadenza dei termini di ricorso (quest'ultima precisazione è recata dalla sent. *Kempter KG* cit.);
- iii) tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse adita in via pregiudiziale alle condizioni previste all'art. 234, n. 3, TCE; non occorrendo tuttavia che il diritto comunitario sia stato espressamente invocato dalla parte interessata dinanzi all'autorità giudiziaria interna (cfr. sent. *Kempter KG* cit.);
- iv) l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della detta giurisprudenza, fermo restando che «gli Stati membri possono richiedere, in nome del principio della certezza del diritto, che una domanda di riesame e di rettifica di una decisione amministrativa divenuta definitiva e contraria al diritto comunitario così come interpretato

¹⁷ Corte Costituzionale, 8 giugno 1984, n. 170: «l'assetto dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno, oggetto di varie pronunzie rese in precedenza da questo Collegio, è venuto evolvendosi, ed è ormai ordinato sul principio secondo cui il regolamento della CEE prevale rispetto alle confliggenti statuizioni del legislatore interno. Questo risultato viene, peraltro, in considerazione sotto vario riguardo. In primo luogo, sul piano ermeneutico, vige la presunzione di conformità della legge interna al regolamento comunitario: fra le possibili interpretazioni del testo normativo prodotto dagli organi nazionali va prescelta quella conforme alle prescrizioni della Comunità, e per ciò stesso al disposto costituzionale, che garantisce l'osservanza del Trattato di Roma e del diritto da esso derivato.

successivamente dalla Corte venga presentata all'amministrazione competente entro un termine ragionevole» (sent. *Kempter KG* cit.).

17. Sugli effetti extraprocessuali della sent. *Promoimpresa*.

17.1. Dal ricordato formante della Corte di Giustizia e dei Giudici nazionali si ricava che le *regulae iuris* desumibili dalla sent. *Promoimpresa* siano destinate ad estendersi al di là dei giudizi *a quo*, poiché dichiarative, con efficacia *ex tunc*, del diritto eurounitario.

Ciò senza che occorra un atto di recepimento da parte del legislatore nazionale (cfr. sentenza della Corte di Giustizia *Simmenthal*, nonché sentenza della Corte Costituzionale *Granital*, su cui *amplius* § 13).

Va tuttavia precisato che l'estensione extraprocessuale degli effetti del *decisum* della sent. *Promoimpresa* è condizionata alla ricorrenza dei presupposti per sottoporre al giudice competente una lite relativa all'applicazione di tali principi (cfr. sentenza *Finanzamt Gladbeck* cit.).

Calando i principi della sentenza *Finanzamt Gladbeck* alla vicenda delle concessioni demaniali marittime prorogate ex comma 18° D.L. n. 194/2009 s.m.i. deve allora ritenersi che gli atti di proroga che, non siano stati tempestivamente impugnati in sede giurisdizionale o in via amministrativa, non possano essere oggi contestati in esito alla pubblicazione della sent. *Promoimpresa*.

17.2. In base a quanto statuito nella sentenza *Kühne & Heitz* deve inoltre ritenersi che le Amministrazioni concedenti abbiano altresì perduto la facoltà di riesaminare in via di autotutela tutti gli atti di proroga che siano stati rilasciati almeno 18 mesi prima del 28 agosto 2015, data di entrata in vigore dell'art.6 della Legge n.124/2015 c.d. Legge Madia a cui si deve l'introduzione del termine di 18 mesi per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio nel vigente testo dell'art.21 *nonies* della Legge n.241/1990.

È noto infatti che la violazione del diritto comunitario è un vizio di legittimità ascrivibile alla storica nozione della "violazione di legge" che tipicamente viene a determinare l'annullabilità degli atti amministrativi ex art. 21 *octies* della legge sul procedimento, come confermato dalla costante giurisprudenza amministrativa in materia (v. per tutte Cons. Stato, Sez. III, sent. n. 4538/2014).

Ai sensi del comma 1° dell'art. 21-*nonies* legge 7 agosto 1990, n. 241 come modificato dall'art.6 della Legge 7 agosto 2015 n.124, «il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell' articolo 21-*octies*, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-*octies*, comma 2, può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge».

Di talché, il provvedimento amministrativo illegittimo potrebbe essere

annullato d'ufficio sempreché:

- sussistano ragioni di interesse pubblico;
- il provvedimento di autotutela sia adottato tempestivamente e comunque non siano decorsi mesi 18 dall'adozione del provvedimento da ritirare;
- l'Amministrazione proceda bilanciando l'interesse pubblico al ritiro dell'atto illegittimo con gli interessi dei soggetti destinatari del provvedimento e gli interessi di eventuali controinteressati.

Come recentemente osservato nel parere n. 389 del 30 marzo 2016 dalla Commissione Speciale atti normativi del Consiglio di Stato, l'art. 6 legge 7 agosto 2015, n. 124 è andato a colmare una *lacuna* incidente negativamente anche «sui canoni comunitari in materia di libera circolazione dei servizi (cfr., **in particolare**, la già citata **direttiva servizi n. 123 del 2006**)».

Osserva la Commissione Speciale del Consiglio di Stato che il *confine temporale*, introdotto dal novellato comma 1° dell'art. 21-nonies legge n. 241/1990, introduca « un 'nuovo paradigma' nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione: nel quadro di una regolamentazione attenta ai valori della trasparenza e della certezza, il legislatore del 2015 ha fissato termini decadenziali di valenza nuova, non più volti a determinare l'inoppugnabilità degli atti nell'interesse dell'amministrazione, ma a stabilire limiti al potere pubblico nell'interesse dei cittadini, al fine di consolidare le situazioni soggettive dei privati. In altri termini, ad avviso della Commissione Speciale, è possibile affermare che la legge n. 124, con la novella all'art. 21-nonies della legge n. 241, abbia introdotto una nuova 'regola generale' che sottende al rapporto tra il potere pubblico e i privati: una regola di certezza dei rapporti, che rende immodificabile l'assetto (provvedimentale-documentale-fattuale) che si è consolidato nel tempo, che fa prevalere l'affidamento. Una regola speculare – nella ratio e negli effetti – a quella dell'inoppugnabilità, ma creata, a differenza di quest'ultima, in considerazione delle esigenze di certezza del cittadino (mentre l'inoppugnabilità considera, da decenni, quelle dell'amministrazione, con un termine nove volte più breve)» (punto 8.1.1).

Negli stessi termini, con riferimento allo schema di decreto legislativo c.d. SCIA2, la stessa Commissione Speciale nel parere 4 agosto 2016 n. 1784 ha concluso che *“erano state invece già risolte in via interpretativa dal Consiglio di Stato, in quella sede, e quindi – a fortiori nel silenzio dell'amministrazione interessata – non richiedono ulteriori chiarimenti le seguenti questioni: che, in fase di prima applicazione della riforma, il termine generale dell'art. 21-nonies vale per tutti i provvedimenti, anche precedenti all'entrata in vigore della legge n. 124, dovendosi ritenere priva di fondamento l'interpretazione - che pure taluno, poco convincentemente, ha sostenuto -secondo cui vi sia stata una sorta di 'rimessione in termini' dell'amministrazione per gli atti emanati prima di 18 mesi dall'entrata in 'vigore della riforma; - che la regola generale dell'art. 21-nonies si applica anche a provvedimenti che non sono formalmente definiti "di annullamento": alcune disposizioni utilizzano infatti, impropriamente, i termini "revoca", "risoluzione", "decadenza" (dai benefici) o simili per indicare, oltre all'abusivo utilizzo del titolo, la reazione dell'ordinamento all'illegittimo conseguimento del titolo, utilizzando forme che sono state definite di "annullamento travestito”*”.

Dal che va quindi inferita, come anticipato, l'impossibilità per le Amministrazioni concedenti di ritirare le concessioni demaniali marittime prorogate sino al 31 dicembre 2020 in forza di atti emanati oltre 18 mesi prima del 14 luglio 2016.

17.3. La preclusione a ritirare in via di autotutela le concessioni demaniali marittime rilasciate anteriormente al 31 dicembre 2009 deve ritenersi estesa anche a quelle concessioni, la cui durata sia stata prorogata senza un atto amministrativo espresso, ma soltanto in forza dell'art. 1, comma 18, D.L. 30 dicembre 2009, n. 194 conv. in legge 26 febbraio 2010, n. 25, il quale si atteggia come un atto normativo di contenuto provvedimentale¹⁸.

Infatti, fino al D.L. n. 194/2009 s.m.i. - che ha disposto la proroga *ex lege* delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative (sino 31 dicembre 2020 per effetto della proroga *ex art.* 34-duodecies D.L. 18 ottobre 2012, n. 179 conv. in legge 17 dicembre 2012, n. 221) - quest'ultime sono state soggette al rinnovo automatico sessennale a tempo indeterminato e ciò sino alla revoca, con un regime quasi assimilabile a quello delle locazioni commerciali (cfr. T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 21 gennaio 2014, n. 18).

Il citato comma 18° dispone del resto che "il termine di durata delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto e in scadenza entro il 31 dicembre 2015 [ora protratto al 2020 *ex art.* 34 duodecies D.L. n. 179/2012 conv. in legge n. 221/2012] è prorogato fino a tale data".

Dunque, nell'abrogare implicitamente l'art. 10 l. n. 88/2001, il comma 18° ha concesso un'ultima proroga della durata delle concessioni in essere, confermando appunto che nel vigore dell'art. 10 l. n. 88/2001 le concessioni non fossero rinnovate, bensì prorogate (di sei anni in sei anni). Può quindi ritenersi che anche il **comma 18° dell'art. 1 D.L. n. 194/2009** conv. in l. n. 25/2010 abbia confermato che le concessioni ad uso turistico-ricreativo sono prorogate e non rinnovate.

È evidente che in questo caso ci troviamo di fronte ad un "rinnovo-vidimazione", ove non viene meno il titolo originario che è appunto quello che si rinnova *ex lege* quanto alla sua durata.

Da qui la necessità di ritenere che per tutte le concessioni prorogate *ex lege* debbano trovare applicazione i principi desumibili dalle rammentate sentenze *Finanzamt Gladbeck e Kühme & Heitz* tutte le volte in cui la doverosità della proroga non sia stata tempestivamente contestata dall'Amministrazione concedente o da terzi controinteressati al suo rilascio.

Per le stesse ragioni, poiché la rimozione degli effetti della proroga *ex lege*, attraverso la disapplicazione, *rectius* la non applicazione delle disposizioni nazionali

¹⁸ Cfr. T.A.R. Lazio, Sez. III-bis, 19 luglio 2016, n. 8269: « Le norme di legge sottoposte al vaglio di questo giudice sono, infatti, norme di legge-provvedimento, così definite dalla giurisprudenza costituzionale come quelle che «contengono disposizioni dirette a destinatari determinati» (Corte Cost., sent. n. 154 del 2013, n. 137 del 2009 e n. 2 del 1997), ovvero «incidono su un numero determinato e limitato di destinatari» (Corte Cost., sent. n. 94 del 2009), che hanno «contenuto particolare e concreto» (Corte Cost., sent. n. 20 del 2012, n. 270 del 2010, n. 137 del 2009, n. 241 del 2008, n. 267 del 2007 e n. 2 del 1997), «anche in quanto ispirate da particolari esigenze» (Corte Cost., sent. n. 270 del 2010 e n. 429 del 2009), e che comportano l'attrazione alla sfera legislativa «della disciplina di oggetti o materie normalmente affidati all'autorità amministrativa» (Corte Cost., sent. n. 94 del 2009 e n. 241 del 2008)».

che hanno formato oggetto della Sentenza 14 luglio 2016 della Corte di Giustizia, deve avvenire oggi con gli atti amministrativi di annullamento d'ufficio delle originarie concessioni come prorogate nei termini di cui sopra, è infatti opinione di chi scrive che tali atti di 2° grado incidenti sugli effetti di legge provvedimento che oggi vi è l'obbligo di disapplicare, siano inevitabilmente soggetti anch'essi ai limiti temporali ed alle garanzie procedurali e sostanziali contenuto nel vigente art.21 *nonies* della Legge n.241/1990.

18. Conclusioni: A) intangibilità della proroga ex art. 1, comma 18°, D.L. n. 194/2009 s.m.i.

Alla luce delle superiori considerazioni gli scenari possibili, al netto di riforme settoriali ad oggi non ancora note ¹⁹, deve ritenersi che le concessioni demaniali che non siano state oggetto di contestazione in sede amministrativa o in sede giurisdizionale debbano ritenersi ormai inoppugnabili, trovando applicazione la previsione dell'art. 21-*nonies* legge n. 241/1990, il quale osta all'esercizio di poteri di autotutela allorché siano trascorsi oltre 18 mesi dal rilascio dell'atto ampliativo viziato.

Il medesimo principio deve peraltro ritenersi applicabile a tutte le concessioni in essere al 31 dicembre 2009, le quali sono state prorogate con un atto normativo di contenuto provvedimentale; la preclusione di cui all'art. 21 *nonies* della legge n.241/1990 vale cioè anche per i casi sui quali la proroga *ex lege* non sia stata “intermediata” da alcun atto amministrativo che avrebbe del resto soltanto quel contenuto dichiarativo sopra illustrato, poiché in ogni caso quello che rileverebbe oggi, sarebbe il momento nel quale verrebbe ad essere adottato l'atto amministrativo di ritiro, il quale sarebbe inevitabilmente soggetto al limite temporale di cui sopra, perché la situazione dei concessionari è del tutto omogenea e quelli che rilevano sono gli effetti ed il momento nel quale è avvenuta tale proroga *ex lege*, cosicché è da esso che dovrebbe comunque decorrere il termine introdotto nell'art. 21 *nonies* cit., dall'art.6 della legge n. 124/2016, che deve intendersi ricognitivo di ciò che per il legislatore del procedimento si deve intendere come dilatazione temporale massima della nozione di “termine ragionevole” già contenuta nella disposizione in esame.

B) sul diritto di insistenza garantito dal diritto eurounitario.

La sent. *Promoimpresa* afferma inoltre la fondamentale *regula iuris* secondo cui sono giustificate proroghe delle concessioni in essere tutte le volte in cui il

¹⁹ Ricordiamo soltanto che il legislatore nazionale, nella consapevolezza di tutto quanto sopra illustrato, con il comma 3 *septies* dell'art.24 del Dl. 24 giugno 2016 n.113 introdotto dalla legge di conversione 7 agosto 2016 n.160 ha previsto che “*nelle more della revisione e del riordino della materia in conformità ai principi di derivazione europea, per garantire certezza alle situazioni giuridiche in atto e assicurare l'interesse pubblico all'ordinata gestione del demanio senza soluzione di continuità, conservano validità i rapporti già instaurati e pendenti in base all'articolo 1, comma 18, del decreto-legge 30 dicembre 2009, n.194, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2010, n.25*”.

E secondo chi scrive tale “salvezza” di rapporti, proprio per le ragioni illustrate al par.17, implica che senza un nuovo intervento del legislatore nazionale essa possa estendersi sino a garantire ai rapporti contemplati la durata prevista dalle disposizioni oggetto della sentenza della Corte di Giustizia, non perché la legge n.160/2016 le abbia per così dire convalidate, bensì poiché ha preso atto che su quei rapporti le autorità amministrative nazionali non avrebbero più potuto intervenire in via di autotutela.

concessionario dimostri «che il titolare dell'autorizzazione poteva legittimamente aspettarsi il rinnovo della propria autorizzazione e ha effettuato i relativi investimenti».

Non può sfuggire, anche ad una prima lettura della sentenza della Corte, che - attraverso i suoi paragrafi da 52 a 56 - essa reintroduce un meccanismo di tutela per i concessionari uscenti, la cui attuazione è rimessa al legislatore statale, data la afferenza della materia alla tutela della concorrenza ed all'ordinamento civile (*ex art.117, 2° comma, lett. e) ed l) Cost.*) per certi versi analogo al diritto di insistenza *ex art. 37 cod. nav.* di cui alla nota costituzione in mora della Commissione del 2 febbraio 2009 ed alla successiva abrogazione *ex legge n.25/2010*, poiché tutelare il legittimo affidamento di questi ultimi significa in ogni caso differenziare la loro posizione rispetto alla platea degli aspiranti.

Quindi, possiamo semplicemente concludere che la Corte di Giustizia ha mostrato di pensarla diversamente dalla Commissione con riferimento al dovere di protezione, che ovviamente è relativo e non può essere assolutizzato, dell'“*incumbent*”.

C) sull'interesse transfrontaliero certo.

Nel caso in cui le concessioni demaniali marittime siano state rilasciate in un contesto di non scarsità delle risorse accertato dai giudici nazionali, ma l'ipotesi è meramente teorica, occorrerà che le Autorità giudiziarie e amministrative compiano una valutazione sulla rilevanza economica della concessione, secondo il criterio eurounitario del c.d. *interesse transfrontaliero certo*.

Quella dell'*interesse transfrontaliero certo* è una nozione maturata in seno alla giurisprudenza eurounitaria in materia di contratti stipulati a titolo oneroso da amministrazioni aggiudicatrici e non rientranti per oggetto o per importanza economica nell'ambito applicativo del formante europeo di armonizzazione.

Nella sentenza della Sezione VI della Corte di Giustizia del 7 dicembre 2000, *Teleaustria*, C-324/98 è stato infatti affermato che - anche nel caso di contratti esclusi dall'ambito applicativo delle direttive sugli appalti pubblici - «gli enti aggiudicatori che li stipulano sono cionondimeno tenuti a rispettare i principi fondamentali del Trattato, in generale, e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, in particolare» (punto 60° della sent. *Telaustria*).

Come ricordato al punto 66° della sent. *Promoimpresa*, al fine verificare l'esistenza di un "interesse transfrontaliero certo", i criteri rilevanti sono l'importanza economica dell'affidamento (tale interesse potrebbe essere infatti escluso nell'ipotesi di affidamenti di valore economico molto limitato, cfr. Corte Giustizia, Sez. V, 15 maggio 2008, *Secap*, C-147/06 e C-148/06, punto 31°), il luogo della sua esecuzione (l'affidamento dovrebbe cioè riguardare un luogo idoneo ad attrarre l'interesse di operatori esteri, cfr. sent. *Secap*, punto 24°), e le sue caratteristiche tecniche.

Tali criteri sono peraltro alternativi e non concorrenti. Nella sent. *Secap* viene infatti affermato che «in alcuni casi, le frontiere attraversano centri urbani situati sul territorio di Stati membri diversi e che, in tali circostanze, anche appalti di valore

esiguo possono presentare un interesse transfrontaliero certo» (punto 31°). Dunque, anche affidamenti di non particolare rilevanza economica potrebbero suscitare interesse tra operatori economici di diversa nazionalità.

A ciò si aggiunga che una volta accertata l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, l'obbligo di trasparenza si impone all'autorità concedente "senza che sia necessario che un operatore economico abbia effettivamente manifestato il proprio interesse" (così Corte di Giustizia, Sez. X, 14 novembre 2013, *Belgacom*, C-221/12, punto 31°). Inoltre, l'obbligo di trasparenza «è a vantaggio di qualsiasi potenziale offerente, anche se esso sia stabilito nello stesso Stato membro dell'autorità in questione» (sent. *Belgacom*, punto 32°).

Nel caso in cui le concessioni balneari non presentino siffatto interesse e siano quindi economicamente non rilevanti potrà quindi affermarsi che l'affidamento delle stesse potrà avvenire in base alla vigente disciplina del codice della navigazione.

Nelle ipotesi in cui possa rinvenirsi un interesse transfrontaliero certo e cioè nelle ipotesi in cui il valore economico delle concessioni non sia molto limitato, il cui accertamento nel caso di specie sarebbe rimesso alle giurisdizioni nazionali; è vero che troveranno comunque applicazione i principi di parità di trattamento desumibili dagli artt. 49 e 56 TFUE, ma anche in tale caso l'affidamento del concessionario sarebbe comunque meritevole di tutela, per espresso riconoscimento compiuto in sentenza.

Tuttavia, è evidente che dalle parole della Corte nella sent. *Promoimpresa* si ricava anche la regola che nemmeno l'applicazione alla materia dell'art. 49 del TFUE, da parte del legislatore nazionale, potrebbe essere assolutizzata, mentre anch'essa dovrebbe entrare in ragionevole bilanciamento col principio generale della "certezza del diritto" la cui fonte è ricavabile negli stessi trattati dell'Unione, almeno con riferimento alla posizione, che in realtà sembra essere quantitativamente prevalente, di quei concessionari il cui rapporto di godimento del bene demaniale, senza soluzioni di continuità (secondo il criterio sostanzialistico affermato dalla giurisprudenza nazionale: da ultimo TAR Toscana, Sez.III, sent. n. 1150/2016), sia anteriore quantomeno alla rammentata sentenza *Teleaustria* del 7 dicembre 2000, cosicché anche per questa via ci troviamo di fronte ad una tutela indiretta del diritto di insistenza che la Corte riconosce a favore dei concessionari il cui rapporto è più risalente.

Infatti, la Corte di Giustizia, nella sent. *Promoimpresa*, precisa che l'affidamento del concessionario non potrebbe essere tutelato soltanto con riferimento a concessioni rilasciate successivamente alla dichiarazione che i contratti aventi un valore transfrontaliero certo dovevano essere soggetti a obblighi di trasparenza (sent. *Teleaustria*). Occorre tuttavia tener presente che, nel caso di concessioni rilasciate anteriormente a tale *dicta* della Corte di Giustizia, valeva la regola del rinnovo ex art. 37 cod. nav. delle concessioni. In tali casi, secondo la giurisprudenza amministrativa, il rinnovo – al di là del *nomen iuris* – configurava «una vera e propria proroga, protraendosi il medesimo rapporto senza soluzione di continuità» (Cons. St., Sez. VI, sentenza n. 3348 del 26 maggio 2010).

Di talché, riguardo a tutte le concessioni rilasciate nel vigore dell'art. 37 e quindi dell'art. 10 legge 16 marzo 2001, n. 88 va senz'altro affermata la necessità di tutelare il

legittimo affidamento del concessionario da parte del legislatore, ferma restando la impossibilità per le ragioni sopra illustrate di procedere da parte delle autorità amministrative nazionali competenti alla rimozione in via di autotutela delle concessioni demaniali in essere, come conseguenti alle proroghe *ex lege*, oggetto della sentenza della Corte di Giustizia, nei termini illustrati al par.17.²⁰

19. (segue): direttiva servizi e tutela delle libertà fondamentali sancite dalla Carta di Nizza.

Come emerge dalla lettura della sentenza *Promoimpresa*, quella che è rimasta completamente fuori dal campo d'indagine della Corte di Giustizia è invece la vicenda della tutela della proprietà superficaria e commerciale del concessionario, in relazione alla opposta regola civica l' "incameramento" automatico desumibile dall'art.49 cod. nav., ma ciò dipende dal fatto che nei due casi esaminati dalla Corte, essa non rilevava e non era comunque stata né accertata dai giudici *a quibus* né allegata dalle parti in tali giudizi, mentre rileverà davanti alle giurisdizioni nazionali²¹

²⁰ Esula completamente da questo studio l'esame della giurisprudenza costituzionale intervenuta sulle numerose leggi regionali che avevano inteso disporre "*ultra vires*" proroghe delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo a seguito di programmi di investimento dei concessionari.

In proposito dobbiamo rinviare all'accurata indagine, che per certi versi possiamo ritenere profetica, di A. Cossiri "*La proroga delle concessioni demaniali marittime sotto la lente del giudice costituzionale e della Corte di Giustizia dell'UE*", in *federalismi.it* del 13 luglio 2016, proprio perché di pochissimo antecedente la sentenza c.d. *Promoimpresa*, ma che ne anticipa i *dicta*.

Quello che rileva è che tale costante giurisprudenza (a partire dalla sentenza n.180/2010, ma v. le sentenze n.233/2010, n.340/2010 e 213/2011), che è originata da ricorsi in via principale dello Stato, ritiene esorbitante dalla competenza legislativa regionale ogni ipotesi di proroga di tali concessioni non solo perché la materia attiene alla tutela della concorrenza ed all'ordinamento civile, sul che non vi è questione, ma si spinge a rilevare il contrasto delle norme regionali di proroga anche con l'art.49 del TFUE e con la direttiva n.123/2006.

Ferma restando l'incompetenza delle Regioni in materia, è evidente però che con tale giurisprudenza dovrà interagire proprio la sentenza *Promoimpresa*, la quale nel "dichiarare" il diritto dell'Unione Europea applicabile alla vicenda, ha introdotto quelle limitate forme di tutela del concessionario che si sono già illustrate e definite anch'essa in termini di "diritto d'insistenza" *mutatis mutandis*, che la Corte Costituzionale, nella logica del giudizio in via principale, non ha minimamente contemplato, ma che pacificamente vengono ad esulare dalla competenza legislativa regionale, cosicché quello che rimane attuale di tale giurisprudenza è proprio il divieto di fughe in avanti del legislatore regionale.

A questo proposito sarà particolarmente interessante la sentenza che la Corte Costituzionale renderà sul ricorso in via principale n.40/2016 (in *Gazz. Uff. n.37/2016*) proposto dal Governo nei confronti della L.R. Toscana n.31/2016, la quale nell'integrare la disciplina statale delle proroghe "caso per caso" di cui all'art.4, comma 3bis del Dl. n.400/1993, conv. con Legge n.494/1993, come introdotto con la Legge n.296/2006, ha previsto un indennizzo pari al 90% del valore della proprietà superficaria e dell'azienda del concessionario uscente, nel caso che nell'eventuale comparazione con altri aspiranti in esito alla domanda di proroga il primo venga pretermesso.

²¹ Questa prima conclusione la si può trarre anche da un'ordinanza del Tribunale di 1° grado dell'Unione Europea, Sez. II del 15 settembre 2016, la quale ha precisato che le dichiarazioni rese dalla Commissione in tema di tutela del diritto superficario non sono vincolanti. Effetti lesivi del diritto superficario - osserva sempre il Tribunale U.E. - non deriverebbero dalla comunicazione del 2 settembre 2015, bensì «dall'eventuale mancato rinnovo di una concessione demaniale marittima giunta a scadenza in applicazione della normativa italiana, come modificata nel 2009 e nel 2011», cosicché il problema si

La riflessione in materia deve partire innanzitutto dalla ricognizione del carattere tendenzialmente “reale” delle concessioni demaniali marittime per la “gestione di stabilimenti balneari” (per usare la terminologia dell’art.01 del D.L. 400/1993 come conv. con l. n° 494/1993), qualificate come vere e proprie concessioni superficiali, ove il titolare, oltre ad essere proprietario della relativa azienda, è anche il titolare della proprietà superficiale di tutte le opere immobiliari da esso collocate all’interno di quella porzione del demanio marittimo della quale dispone in base alla concessione.

Questo è pacifico nell’esperienza applicativa del codice della navigazione (R.D. 327/1942 in vigore dal 21 aprile 1942), ma è stato recentemente riconfermato dalla Cassazione secondo la quale “invero, in caso di stabilimento balneare che incide su area demaniale si deve distinguere fra la concessione della mera disponibilità dell’area da quella che comporta (come dedotto nel caso in specie) la collocazione di opere stabili. In questo secondo caso la posizione del concessionario è assimilabile ad un diritto di proprietà con conseguente applicazione dell’ICI. Si veda in proposito la sentenza 1718 del 26 gennaio 2007 secondo cui il diritto del concessionario di uno stabilimento balneare, il quale abbia ottenuto, nell’ambito della concessione demaniale, anche il riconoscimento della facoltà di edificare e mantenere sulla spiaggia una costruzione, più o meno stabile, e consistente in vere e proprie strutture edilizie o assimilate (sale ristoranti, locali d’intrattenimento o da ballo, caffè, spogliatoi muniti di servizi igienici e docce, etc.), integra una vera e propria proprietà superficiale, sia pure avente natura temporanea e soggetta ad una peculiare regolazione in ordine al momento della sua modificazione, cessazione o estinzione (decisione in materia di assoggettamento dell’atto con cui il diritto venga alienato ad INVIM).” (Sez.VI sent. n. 3761/2014).

19.1 Ciò non vuol dire che la Corte di Giustizia abbia escluso che sia possibile la tutela del complessivo compendio dei diritti di proprietà del concessionario balneare, ma di ciò dovrà occuparsi il giudice nazionale, il quale, come già illustrato in altri nostri scritti, dovrà occuparsi della compatibilità dell’art. 49 cod. nav., con l’art. 17 della Carta di Nizza, la quale costituisce una fonte eurounitaria superiore di inevitabile applicazione ogni qualvolta la tutela del diritto di proprietà, da intendersi nella nozione convenzionale di tale termine come derivante dalla elaborazione della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, riferita all’art. 1 del 1° protocollo addizionale della CEDU, entri in conflitto con l’attuazione del diritto eurounitario.

Il 15° considerando della Direttiva Servizi prevede del resto che *«la presente direttiva rispetta l’esercizio dei diritti fondamentali applicabili negli Stati membri quali riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e nelle relative spiegazioni, armonizzandoli con le libertà fondamentali di cui agli articoli 43 e 49 del trattato»*.

Tale considerando impone dunque di fornire un’interpretazione della Direttiva Servizi compatibile con i diritti fondamentali riconosciuti dalla c.d. Carta di Nizza, nonché dalle Costituzioni degli Stati membri.

Tra i diritti fondamentali, elencati nel Titolo II della Carta di Nizza, viene

sposterà appunto al momento dell’attuazione nell’ordinamento nazionale della sentenza Promoimpresa ed in tale sede sarà ineludibile, come si è cercato di dimostrare col presente scritto.

appunto indicato, all'art. 17, il diritto di proprietà, prevedendo (così come prevede anche l'art. 1 del Primo protocollo addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, adottato il 20 marzo 1952 e reso esecutivo con legge 4 agosto 1955, n. 848) che «ogni individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquisito legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità».

Ebbene nella nozione di diritto di proprietà desumibile dalla Carta di Nizza e dal formante della Corte EDU debbono ritenersi non solo i beni oggetto di un diritto reale, ma anche le utilità che scaturiscono da un rapporto di tipo concessorio come quello che ci occupa e comunque anche la c.d. “proprietà commerciale” come quella del concessionario balneare con riferimento all’azienda da esso creata sul bene demaniale e che ormai debba guardarsi ad una nozione di beni oggetto di protezione da parte della convenzione EDU in questi termini, è stato molto recentemente confermato anche dalla Corte Costituzionale.²²

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, nell'affermare il principio dell'equo indennizzo a favore dei soggetti privati dei loro beni nelle procedure espropriative per pubblica utilità (v. decisione del 29 marzo 2006, in causa Scordino contro Italia), ha infatti osservato che l’art. 1 del primo protocollo della CEDU, nelle sue proposizioni, si riferisce con previsione chiaramente generale ai beni, **senza operare distinzioni in ragione della *qualitas rei***.

La nozione di bene, evocata dall'art. 1 del 1° Protocollo addizionale della Convenzione EDU, va cioè intesa in senso lato, dovendosi ricomprendere in tale nozione utilità economiche che per il nostro ordinamento non potrebbero qualificarsi diritti di natura reale.

Più di recente, sempre la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, nell'*affaire Valle Pierimpiè Soc. Agricola S.p.a. c. Italia* (decisione del 23 settembre 2014), ha osservato che «*la notion de «biens» évoquée à la première partie de l'article 1 du Protocole no 1 a une portée autonome qui ne se limite pas à la propriété de biens corporels et qui est indépendante des qualifications formelles du droit interne: certains autres droits et intérêts constituant des actifs peuvent aussi passer pour des «droits patrimoniaux» et donc des «biens» aux fins de cette disposition»* (§ 37).

Ed ancora, osserva sempre la Corte EDU, nella citata decisione del 23 settembre

²² Merita ricordare in proposito la sentenza n.214/2016, secondo la quale “A proposito della nozione di «bene», ai sensi dell'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU, la giurisprudenza della Corte EDU – alla quale hanno fatto riferimento anche il rimettente e gli intervenienti funzionari del Ministero della giustizia – è costante nell'affermare che essa può comprendere sia «beni attuali» sia valori patrimoniali in virtù dei quali il ricorrente può pretendere di avere almeno una «aspettativa legittima» («*espérance légitime*» in francese e «*legitimate expectation*» in inglese) di ottenere il godimento effettivo di un diritto di proprietà (Grande Camera, sentenza 7 febbraio 2013, Fabris contro Francia, e sentenza 28 settembre 2004, Kopecky contro Slovacchia; in senso conforme, tra le tante, sezione seconda, sentenza 23 settembre 2014, Valle Pierimpiè Società agricola s.p.a. contro Italia, e sentenza 18 maggio 2010, Plalam s.p.a. contro Italia). Non può, all'opposto, essere considerata un «bene» la mera «speranza» («*espoir*» in francese e «*hope*» in inglese) di vedersi riconosciuto un diritto di proprietà che si è nell'impossibilità di esercitare effettivamente (Grande Camera, decisione 2 marzo 2005, Von Maltzan e altri contro Germania e sentenza 28 settembre 2004, Kopecky contro Slovacchia; in senso conforme, sezione seconda, sentenza 23 settembre 2014, Valle Pierimpiè Società agricola s.p.a. contro Italia).”

2014: «la notion de «biens» peut recouvrir tant des «biens actuels» que des valeurs patrimoniales, y compris des créances, en vertu desquelles le requérant peut prétendre avoir au moins une «espérance légitime» d'obtenir la jouissance effective d'un droit de propriété» (§ 38).

Perché l'*espérance légitime* assumi rilievo in base alla CEDU è inoltre sufficiente che essa riposi su di una «base suffisante en droit interne». Al § 38 della decisione *Valle Pierimpiè* viene infatti osservato che «l'*espérance légitime de pouvoir continuer à jouir du bien doit reposer sur une «base suffisante en droit interne», par exemple lorsqu'elle est confirmée par une jurisprudence bien établie des tribunaux ou lorsqu'elle est fondée sur une disposition législative ou sur un acte légal concernant l'intérêt patrimonial en question».*

Allorché l'*espérance légitime* riposi su di una «base suffisante en droit interne» nel senso appena precisato, la perdita di tale aspettativa è allora meritevole di essere ristorata, venendo ad essere conculcato un interesse sostanziale protetto dalla CEDU (cfr. § 46 della decisione *Valle Pierimpiè*: «il peut y avoir un «bien» au sens de cette disposition même en cas de révocation d'un titre de propriété, à condition que la situation de fait et de droit antérieure à cette révocation ait conféré au requérant une espérance légitime, rattachée à des intérêts patrimoniaux, suffisamment importante pour constituer un intérêt substantiel protégé par la Convention»).

Tale sentenza è significativa della nozione estensiva di proprietà, quale intesa della Corte di Strasburgo, in quanto vi fa ricadere anche la situazione fattuale di un soggetto che, facendo uso alla stregua di proprietario di una c.d. “valle di pesca” anche perché erano secoli che tale bene circolava, si era trovato nella situazione dell'occupante senza titolo di essa in quanto ritenuta appartenente al demanio marittimo ex art.28 cod. nav. dal Tribunale di Padova, dalla Corte d'Appello di Venezia e dalle S.U. Civili della Corte di Cassazione (sent. n.3937/2011).

Al confronto del caso esaminato dalla Corte EDU, la situazione del concessionario balneare, in quanto proprietario superficario e titolare della proprietà commerciale della sua azienda, viene ad essere caratterizzata su basi ancora più solide per il diritto europeo, attesa la presenza di un titolo formale e non di una mera situazione di fatto.

20. segue: in particolare, l'espérance légitime del concessionario di bene demaniale marittimo. Siamo al cospetto di un interesse patrimoniale sufficientemente importante da costituire un interesse sostanziale protetto dalla Convenzione EDU e dai Trattati comunitari.

20.1 Anteriormente alle modifiche normative del 2009 e del 2011, in materia di concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative, ciascun concessionario vantava una aspettativa legittima a godere del bene demaniale e a mantenerne stabilmente la propria impresa. Tale aspettativa legittima si fondava dapprima sul c.d. diritto di insistenza (anche detto di preferenza) ex art. 37 cod. nav., il quale comportava il rinnovo tendenzialmente automatico in via amministrativa della concessione demaniale marittima; poi sul rinnovo *ex lege* di cui all'art. 10 legge n. 88/2001, tanto che la giurisprudenza amministrativa a partire dal 2010 ha

qualificato tali ipotesi come mere proroghe senza soluzione di continuità del rapporto concessorio.

Nel previgente quadro normativo, pertanto, il concessionario vantava una *espérance légitime di durata indeterminata* sia al rinnovo delle concessioni demaniali, sia alla conservazione del diritto di proprietà superficiaria. In altri termini, le disposizioni normative, oggi abrogate al fine di ovviare alla procedura di infrazione 2008/4908, avevano consolidato l'affidamento dei concessionari al rinnovo *sine die* delle concessioni demaniali in essere.

Dal momento che l'abrogazione dell'art. 37 cod. nav. e dell'art. 01 D.L. n. 400/1993 s.m.i. è scaturita dalla necessità di chiudere la procedura di infrazione comunitaria avviata dalla Commissione sul preteso contrasto tra disciplina interna in tema di concessioni demaniali marittime e art. 49 TFUE come declinato dalla Direttiva Servizi, emerge con evidenza la (apparente) frizione tra la disciplina comunitaria relativa ai servizi nel mercato interno e diritti fondamentali dei cittadini dell'Unione, che in realtà dovrà condurre ad una disciplina applicativa nazionale che realizzi in pieno quanto previsto al 15° considerando di essa.

Per una sorta di eterogenesi dei fini, l'applicazione alle concessioni demaniali marittime della Direttiva servizi in combinato disposto con l'art.49 cod. nav. determinerebbe altrimenti la circolazione forzosa senza indennizzo di aziende e di diritti reali superficiari dal patrimonio dei concessionari uscenti al patrimonio di quelli subentranti. Unitamente ai beni immobili circoleranno inoltre anche beni immateriali, quali l'avviamento commerciale, di sicura titolarità del concessionario

Infatti, l'applicazione dell'art.49 cod. nav. che prevede il c.d. incameramento senza indennizzo della "fabbrica" realizzata dal concessionario sul demanio marittimo nonché della relativa proprietà commerciale determinerebbe inevitabilmente ciò.

Tale esito appare tuttavia incompatibile con l'art.17 della Carta di Nizza e con la corrispondente norma CEDU come interpretato dalla Corte EDU, determinando una strutturale e sistematica violazione dell'art. 1 del 1° Protocollo Addizionale alla Convenzione EDU (cfr. decisione *Valle Pierimpiè*). I concessionari uscenti sono infatti destinati a subire un vero e proprio spoglio della *espérance légitime* che si fondava "sur une *disposition législative* [l'art. 10 legge n. 88/2001] ou sur un *acte légal* [i rinnovi in via amministrativa ex art. 37 cod. nav.]", e come si ricava da tale sentenza anche tale aspettativa deve rientrare nella nozione europea di proprietà, ma in aggiunta ad essa il concessionario balneare viene ad essere titolare di una vera e propria situazione reale superficiaria nonché della proprietà commerciale della sua azienda, cosicché i principi affermati dalla Corte EDU varranno *a fortiori* nel suo caso, mentre, come già detto, vi si oppone frontalmente sul versante dell'ordinamento nazionale, l'art.49 cod. nav..

20.2 Ma quella dell'art.49 cod. nav., che il Consiglio di Stato (Sez.VI n.626/2013, ma nello stesso senso v. anche tra le tante Sez.VI n. 3196/2013; Sez.VI n.3307 e n. 3308/2013; Sez. VI n. 1307/2014) qualifica in termini di "disposizione eccezionale e di stretta applicazione", "*fortemente penalizzante per il diritto dei superficiari e per gli investimenti che potrebbero contribuire alla valorizzazione del*

demanio marittimo”, non dovrà in realtà trovare applicazione nemmeno al momento della effettiva cessazione del rapporto concessorio, come conseguente alla legislazione esclusiva statale che dovrà intervenire dopo la sentenza della Corte di Giustizia qui in esame, proprio perché essa è così “penalizzante” da essere incostituzionale (nell’accezione più ampia del termine conseguente al 1° comma del nuovo art.117 Cost.), in quanto realizzerebbe una ipotesi di espropriazione senza indennizzo del compendio dei diritti di proprietà del concessionario, in contrasto con l’art. 42 Cost. come può dirsi oggi “innervato” dall’art.1 del 1° protocollo addizionale alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e dall’art.17 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea (la c.d. Carta di Nizza che ex art. 6 del T.U.E. ha lo stesso valore giuridico dei trattati).

Infatti, che il diritto di proprietà, così come è tutelato dall’ordinamento sovranazionale della CEDU (e da quello comunitario) si riverberi sulla corrispondente nozione contenuta nell’art.42 Cost. e ne determini una espansione degli ambiti di tutela, è stato ormai magistralmente chiarito dalle note “sentenze gemelle” della Corte Costituzionale n.348 e n.349/2007, cosicché possiamo concludere che nell’ordinamento italiano hanno ormai fatto ingresso, come “norma interposta” ex art.117 Cost., operante quando viene in rilievo la tutela del diritto di proprietà il citato art.1 del 1° Protocollo e come norma “supercostituzionale” in materia, secondo il meccanismo di produzione ex art.11 Cost. (v. per tutte Corte Cost. n.170/1984), l’art.17 della Carta dei Diritti Fondamentali, ove venga in rilievo l’applicazione diretta del diritto comunitario in ipotesi con esso confliggente.

Pertanto, per determinare quali sono oggi le situazioni proprietarie tutelabili dall’ordinamento costituzionale italiano (come integrato con quelli sovranazionali sopra illustrati), dobbiamo fare riferimento in primo luogo a tali fonti ed alla pertinente giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e della Corte di Giustizia dell’Unione Europea ed è proprio da esse che si ricava la palese incostituzionalità dell’art.49 cod. nav..

Come già illustrato, infatti tra i diritti fondamentali, elencati nel Titolo II della Carta di Nizza, viene indicato, all’art.17, il diritto di proprietà. A differenza pertanto della Carta costituzionale italiana, la quale si occupa dello statuto della proprietà al Titolo III, il quale è dedicato ai *Rapporti economici*, l’art.17 della Carta di Nizza riconosce la proprietà tra i diritti di libertà, e dalla “spiegazione” relativa a tale articolo, che ha lo stesso valore normativo della Carta, rilevando che “*si tratta di un diritto fondamentale comune a tutte le costituzioni nazionali. È stato sancito a più riprese dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e in primo luogo nella sentenza Hauer (13 dicembre 1979, Racc. 1979, pag.3727). La stesura è stata attualizzata ma, ai sensi dell’articolo 52, paragrafo 3, questo diritto ha significato a portata identici al diritto garantito dalla CEDU e le limitazioni non possono andare oltre quelle previste da quest’ultima.*”

Tale nozione “europea” di proprietà, è invero assai ampia, tanto da comprendere quella che è la proprietà commerciale, l’avviamento, il diritto d’autore e tutto ciò che viene a costituire il patrimonio di beni del soggetto privato. La Carta di Nizza sostanzialmente non fa altro che codificare una serie di principi enunciati dalla Corte di Giustizia e dalla Corte Europea dei diritti dell’uomo; principi che la Carta di

Nizza ha appunto introdotto, dandoli per presupposti, ma che oggi la stessa Corte Costituzionale ha fatto propri, come si ricava dalla sentenza n.241/2016,

Nella **sentenza Hubert Wachauf**, la Corte di Giustizia CE aveva significativamente affermato, in tema di diritto di proprietà, che <<*una disciplina comunitaria che avesse per effetto di spogliare l'affittuario, alla scadenza del contratto di affitto, del futuro del proprio lavoro o degli investimenti effettuati nell'azienda affittata, senza indennizzo, sarebbe in contrasto con le esigenze inerenti alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario*>> (sent. 13 luglio 1989, par.19, in C-5/88, *Hubert Wachauf*).

Conclude la Corte di Giustizia CE, osservando che l'esigenza di rispettare i diritti fondamentali vincola anche gli Stati membri quando essi danno esecuzione alle discipline comunitarie di cui trattasi, cosicché essi <<*sono comunque tenuti, per quanto possibile, ad applicare tali discipline nel rispetto delle esigenze ricordate*>> (sent. *Hubert Wachauf* cit.)”.

Dunque da tale sentenza, dichiarativa del diritto comunitario secondo quanto precisato da Corte Cost. 389/1989 ed avente essa stessa il carattere di fonte di tale diritto, si ricava che il depauperamento al patrimonio del concessionario uscente, che conseguirebbe alla perdita ed al subentro di terzi nella titolarità del compendio aziendale, non potrebbe che essere indennizzato.

Infatti, come evidenziato dalle ricordate sentenze della Sezione VI del Consiglio di Stato, il rinnovo automatico ovvero la proroga *ex lege* della concessione demaniale ha consolidato in capo al concessionario la proprietà dei beni (inamovibili e non) legittimamente realizzati sull'arenile demaniale.

L'applicazione dell'art.49 cod. nav., al venir meno delle proroghe *ex lege* precedentemente illustrate, determinerà invece l'acquisizione di beni privati alla mano pubblica (per poi passare ad altri soggetti privati) senza previsione di un indennizzo; il che è contrario sia all'art.42 Cost., sia all'art.1 del Primo Protocollo Addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, sia all'art.17 della Carta di Nizza.

Infatti, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, nell'affermare il principio dell'equo indennizzo a favore dei soggetti privati dei loro beni nelle procedure espropriative per pubblica utilità (v. decisione del 29 marzo 2006, in causa Scordino contro Italia), ha osservato che proprio che l'art.1 del primo protocollo della CEDU, nelle sue proposizioni, si riferisce con previsione chiaramente generale ai beni, **senza operare distinzioni in ragione della *qualitas rei***.

Negli stessi termini, al termine del periodo di proroga dovranno essere quindi indennizzati i titolari di concessioni demaniali scadute che a quel momento perderanno l'intero compendio di ciò che appare ascrivibile a tale nozione “sovrana” di proprietà ed a cui subentreranno diversi operatori economici, ma ciò appunto presuppone l'espulsione dall'ordinamento “euro-unitario” dell'art.49 cod. nav., per il suo evidente “conflitto” con l'art.17 della Carta di Nizza.

Di recente la Corte di Giustizia ha infatti ribadito nella sentenza 9 giugno 2016, al suo paragrafo 85-86 che «85- *ciò premesso, occorre rilevare che l'art.17 della carta, relativo al diritto di proprietà, prevede ormai, al par.1, in particolare, che – nessuna*

persona può essere privata della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa – e che – l'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale. 86- Orbene, nella misura in cui il diritto a un indennizzo discende direttamente dall'art.17 della carta, il semplice fatto che né la direttiva 2000/29 né la decisione di esecuzione 2015/789 prevedano, di per sé stesse, un regime di indennizzazione o che esse non impongano l'obbligo esplicito di prevedere un regime siffatto, non può essere interpretato nel senso che tale diritto sia escluso. Ne consegue che la decisione summenzionata non può essere considerata invalida per tale ragione».

Infatti, dal formante eurounitario si ricava che la tutela di cui all'art. 17 della Carta di Nizza è estesa a «diritti aventi valore patrimoniale da cui deriva, con riguardo all'ordinamento giuridico, una posizione giuridica acquisita che consente l'esercizio autonomo di tali diritti da parte e a favore del suo titolare» (Corte di Giustizia, Grande Sezione, 22 gennaio 2013, Sky Österreich GmbH, C-283/13, punto 34).

La tutela attribuita dall'art. 17 della Carta di Nizza non verte invece «su semplici interessi o opportunità di carattere commerciale, il cui carattere aleatorio è inerente alla natura stessa delle attività economiche» (sent. Sky Österreich GmbH, punto 34 cit.).

In applicazione di tale principio il Giudice eurounitario ha affermato che anche i diritti esclusivi di trasmissione televisiva attribuiti negozialmente a titolo oneroso ad emittenti televisive «devono essere considerati non nel senso che essi costituiscano semplici interessi o opportunità di ordine commerciale, bensì nel senso che essi possiedono valore patrimoniale» (sent. Sky Österreich GmbH, punto 35).

Ai punti 37-39 della sent. Sky Österreich GmbH viene peraltro precisato che, a fronte di una direttiva che imponga alle emittenti televisive, titolari di un diritto di ritrasmissione esclusiva, di consentire ad altri operatori di realizzare brevi estratti di cronaca relativi ad eventi di grande interesse pubblico (nella specie la Direttiva n. 2007/65), i titolari di tali diritti esclusivi non vantano una posizione giuridica acquisita tutelata dall'art. 17 della Carta di Nizza, laddove il diritto esclusivo di ritrasmissione sia negozialmente sorto successivamente all'entrata in vigore della medesima direttiva (anche se prima della scadenza del termine di recepimento).

Con riguardo a quest'ultima precisazione della Corte di Giustizia in relazione all'art.49 cod. nav. dobbiamo concludere che:

i) nel caso delle concessioni balneari siamo di fronte ad un spoglio integrale dei diritti esclusivi di sfruttamento (sulla proporzionalità delle misure eurounitarie in tema di libertà di impresa, v. i punti 51-67 della sent. Sky Österreich GmbH);

ii) nel caso di concessioni rilasciate anteriormente all'entrata in vigore della Direttiva servizi, com'è pacifico nel caso in esame data la risalenza del rapporto concessorio che non ha mai avuto alcuna soluzione di continuità, siamo al cospetto di una posizione giuridica acquisita nel senso precisato dalla citata sent. Sky Österreich GmbH.

Inoltre, in tema di revoca di autorizzazioni amministrative, si legge al punto 85 della sentenza della Corte di Giustizia Berlington Hungary Tanácsadó és Szolgáltató

kft (Sez. III, 11 giugno 2015, C-98/14): «quando il legislatore nazionale revoca autorizzazioni che consentono ai loro titolari di esercitare un'attività economica, spetta al medesimo prevedere, a beneficio di tali titolari, un periodo transitorio di durata sufficiente per consentire loro di adeguarsi o un sistema di adeguato risarcimento (v., in tal senso, Corte EDU, sentenza *Vékony c. Ungheria* del 13 gennaio 2015, n. 65681/13, §§ 34 e 35)».

Non a caso nella citata sentenza *Promoimpresa* la Corte di Giustizia non si è pronunciata sull'adeguatezza del periodo transitorio, censurando il rinnovo automatico, ma facendo salvo un prolungamento "caso per caso" delle concessioni in essere come appunto avvenuto nella vicenda in esame. Il che non osta all'applicazione anche nel settore delle concessioni balneari del rammentato principio di diritto di cui al punto 85° della sent. *Berlington Hungary*. E cioè: a fronte della dimostrata titolarità di una posizione patrimoniale acquisita anteriormente all'entrata in vigore della Direttiva Servizi, spetta al concessionario balneare a cui non venga rinnovata la concessione il risarcimento per la perdita delle utilità materiali e immateriali inerenti alla concessione stessa e non già la perdita di tutto il suo patrimonio attinente all'impresa balneare in conseguenza dell'art.49 cod. nav..

Dunque, anche dalle sentenze sopra citate, si ricava l'operatività immediata dell'art.17 della Carta di Nizza, ogni qual volta una fonte od un atto dell'Unione Europea determinino un'ablazione patrimoniale a carico di un "particolare", appunto semplicemente perché tali effetti si verificano e quindi entra in gioco l'obbligo dell'indennizzo, anche se gli atti che producono l'"espropriazione" non lo contemplano espressamente, cosicché non si pone il problema della invalidazione di questi ultimi, bensì della loro integrazione, con tale fonte di rango "costituzionale" dell'ordinamento dell'Unione Europea, mentre per l'art.49 cod. nav., proprio per il suo "confliggente" contenuto normativo, tale possibilità di applicazione integrata evidentemente non si porrà, cosicché il conflitto qui evidenziato dovrà risolversi fisiologicamente con la "non applicazione" di esso da parte delle giurisdizioni e dalle amministrazioni nazionali, tanto è palese l'antinomia, poiché tali sentenze della Corte di Giustizia attengono anch'esse al livello di protezione assicurato dall'art.1 del Primo Protocollo e quindi concorrono a darci il complessivo assetto del diritto di proprietà nell'ordinamento eurounitario ed a quali beni esso si riferisca, ovvero attraverso il giudizio di costituzionalità tramite il parametro dell'art.117, 1° comma Cost..

20.3. Ad avviso di chi scrive inoltre, è ravvisabile un contrasto frontale dell'art.49 cod. nav. anche con gli artt.49 e 56 del TFUE, nella interpretazione datane dalla Corte di Giustizia in vicende analoghe.

Infatti, recentemente la Corte Giustizia U.E. ha affermato che gli artt. 49 e 56 TFUE ostano a una disposizione nazionale restrittiva che imponga al concessionario di cedere a titolo non oneroso, all'atto di cessazione dell'attività per scadenza del termine della concessione, l'uso dei beni materiali e immateriali di proprietà (così **Corte Giustizia U.E., Sez. III, 28 gennaio 2016, in C-375/14 *Laezza***).

Infatti, al **comma 77° dell'art. 1 Legge di stabilità per l'anno 2011** (legge 13 dicembre 2010, n. 220), era stato previsto che il M.E.F. predisponesse uno schema-tipo di convenzione accessiva alle concessioni per la raccolta di scommesse; in tale schema, ai sensi del **comma 78°, lettera b), punto 26° del citato art. 1 Legge di**

stabilità 2011, avrebbe dovuto essere contemplata la **«cessione non onerosa** ovvero della devoluzione della rete infrastrutturale di gestione e raccolta del gioco all'[ADM] **all'atto della scadenza del termine di durata della concessione**, esclusivamente previa sua richiesta in tal senso, comunicata almeno sei mesi prima di tale scadenza ovvero comunicata in occasione del provvedimento di revoca o di decadenza della concessione».

Una previsione del genere, osserva la Sezione III della Corte di Giustizia, può rendere *meno allettante* l'esercizio dell'attività di intrapresa. Ciò in quanto «il rischio per un'impresa di dover cedere, senza contropartita economica, l'uso dei beni in suo possesso può impedire a detta impresa di trarre profitto dal proprio investimento» (§ 23 della sent. *Laezza*).

Da qui la contrarietà di tale genere di previsioni con le libertà di stabilimento e di prestazione di servizi di cui agli artt. 49 e 56 TFUE.

Soltanto motivi imperativi di interesse generale (ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica, cfr. artt. 51 e 52 TFUE) - osserva sempre la Sezione III della Corte di Giustizia - potrebbero giustificare un ostacolo alle libertà garantite dagli artt. 49 e 56 TFUE (§ 31 e ss. della sent. *Laezza*).

Ed ancora al § 40 della sentenza *Laezza* viene affermato che l'incameramento dei beni del concessionario costituisce una **misura abnorme «quando la cessazione dell'attività avviene per il semplice fatto della scadenza della concessione»**, tanto più se - come nel caso degli incameramenti disposti ex art. 49 cod. nav. - la cessione forzata dei beni del concessionario avviene **senza previsione di un indennizzo** commisurato al valore venale dei beni appresi (§ 41 della sent. *Laezza*).

Ancorché la sentenza *Laezza* riguardi le concessioni per la raccolta di scommesse, la stessa enuncia principi immediatamente applicabili anche nella materia che ci occupa.

Infatti, l'art. 49 cod. nav., così come le clausole che lo declinano in seno al titolo concessorio rilasciato al ricorrente, contempla una cessione forzata e senza indennizzo dei beni materiali e immateriali che compongono l'azienda del concessionario.

In secondo luogo, nella specie non ricorrono motivi imperativi di interesse generale, come è dimostrato dal fatto che una volta incamerati i beni verrebbero concessi ad altri operatori economici per proseguire l'esercizio dell'impresa balneare.

20.4. Ma si perviene alle stesse conclusioni anche perché in materia di diritti fondamentali il principio di proporzionalità informa evidentemente tutto il diritto eurounitario.

Ai considerando J e K della *Proposta di risoluzione del Parlamento Europeo (2008/2248(INI)) del 20 febbraio 2009*, viene infatti ricordato che la competenza degli Stati membri in tema di proprietà va sempre applicata in relazione ai principi fondamentali del diritto comunitario, come la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, non rappresentando il diritto di proprietà un diritto assoluto, bensì un diritto che va visto anche in relazione alla sua funzione sociale; **nondimeno, pur potendo essere apportate restrizioni all'esercizio del diritto di**

proprietà, tali restrizioni sono ammesse purché «rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile che leda la sostanza stessa dei diritti così garantiti (cfr. sentenza del 10 dicembre 2002, causa C-491/01, British American Tobacco (Investments) contro Imperial Tobacco, Racc. 2002, pag. I-11453)» (così il considerando K della proposta di risoluzione del 20 febbraio 2009).

Occorre quindi considerare che non è compatibile con il diritto eurounitario un atto amministrativo che obbligasse un cittadino a cedere una proprietà privata legittimamente acquisita e che trovasse fondamento giuridico in una legge adottata in un tempo successivo alla data di costruzione della proprietà in questione, «dal momento che ciò sarebbe in contrasto con il principio di non retroattività degli atti amministrativi, che è uno dei principi generali della legislazione comunitaria (cfr. sentenza della Corte di giustizia del 29 gennaio 1985, causa 234/83, Gesamthochschule Duisburg, pag. 333 [1985] Racc. pag. 327) e che insidia le garanzie che offrono ai cittadini la certezza giuridica, la fiducia e la legittima aspettativa di essere tutelati dalla legislazione UE» (punto 4° della proposta di risoluzione del Parlamento Europeo del 20 febbraio 2009).

20.5. Fermo restando che la tutela della concorrenza costituisce un *intérêt général de la communauté*, anche il perseguimento di tale finalità impone comunque all'interprete di assicurare il *juste équilibre* con gli altri diritti fondamentali protetti dalla CEDU e dai Trattati comunitari (cfr. **arrêt Byeler**, § 114: «*Le souci d'assurer un «juste équilibre» entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu se reflète dans la structure de l'article 1 tout entier et se traduit par la nécessité d'un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (voir, entre autres, les arrêts Sporrang et Lönnroth précité, p. 26, § 69, Pressos Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique du 20 novembre 1995, série A n° 332, p. 23, § 38, et en dernier lieu Chassagnou et autres c. France [GC], nos 25088/94, 28331/95 et 28443/95, § 75, CEDH 1999-III). Dans le cadre de la norme générale énoncée à la première phrase du premier paragraphe de l'article 1, la vérification de l'existence d'un tel équilibre exige un examen global des différents intérêts en cause, ce qui peut appeler une analyse non seulement des conditions de dédommagement si la situation s'apparente à une privation de propriété (voir, par exemple, l'arrêt Lithgow et autres précité, pp. 50-51, §§ 120 et 121), mais aussi, comme en l'espèce, du comportement des parties au litige, y compris les moyens employés par l'Etat et leur mise en œuvre»).*

20.6. Conclusivamente, tanto il legislatore quanto gli organi amministrativi nazionali sono tenuti ad optare per una applicazione della Direttiva Servizi che non spogli senza indennizzo i concessionari demaniali dei loro beni, della loro azienda e del suo avviamento; beni tutti legittimamente impiantati sul relativo bene pubblico nel vigore della normativa nazionale che, come visto, garantiva il rinnovo automatico delle concessioni e il diritto di insistenza ed a questi fini dovrà essere corrispondentemente disapplicato (*rectius* non applicato) l'art.49 del codice della navigazione, poiché, come già illustrato l'ambito di operatività della Direttiva deve essere determinato tenendo conto della necessità di non pregiudicare il diritto di proprietà, quale diritto fondamentale riconosciuto dalla Carta e la cui prevalenza

viene affermata con valore ricognitivo nel suddetto 15° Considerando.

In altre parole, la Direttiva riconosce il diritto di proprietà come diritto fondamentale, quale risulta connotato dall'art. 17 della Carta di Nizza e dell'art.1 del 1° protocollo che ha il medesimo ambito di tutela e quindi altresì il diritto alla "giusta indennità", a fronte dell'espropriazione del bene che ne forma oggetto, intesa in senso sostanziale, anche come "svuotamento" delle facoltà dominicali di cui il soggetto privato fosse in precedenza titolare.

Di conseguenza, non solo non è in contrasto, ma è anzi coerente con gli obbiettivi della Direttiva il riconoscere che la disciplina da essa recata debba essere oggetto di un'interpretazione e comunque di un'attività applicativa che, partendo dall'attribuzione della caratteristica di diritto fondamentale dell'ordinamento europeo al diritto dominicale, vi correli appunto quella della giusta indennità da attribuire al soggetto che ne viene privato ex lege per tramite dell'art.49 cod. nav., giacché altrimenti quel diritto dovrebbe ritenersi irrimediabilmente pregiudicato o comunque svuotato di contenuto, il che - in definitiva - sarebbe incompatibile con la sua stessa natura di diritto fondamentale.

Inoltre, proprio dalla applicabilità alla vicenda della Direttiva in parola, ne seguirebbe un'ulteriore, fondamentale conseguenza in punto di contemporanea applicabilità anche delle disposizioni recate dalla Carta di Nizza.

Infatti quest'ultima, all'art. 51 paragrafo 1, stabilisce che «le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione»..

Da ciò, la Corte Costituzionale ha tratto l'affermazione secondo cui "ciò esclude, con ogni evidenza, che la Carta costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione europea, come, del resto, ha reiteratamente affermato la Corte di giustizia, sia prima (tra le più recenti, ordinanza 17 marzo 2009, C-217/08, Mariano) che dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (sentenza 5 ottobre 2010, C-400/10 PPU, McB; ordinanza 12 novembre 2010, C-399/10, Krasimir e altri).

Presupposto di applicabilità della Carta di Nizza è, dunque, che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo - in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione - e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto" (Corte Cost., 11 marzo 2011 n. 80 e più di recente Corte Cost. n.63/2016).

Dunque, proprio dalle parole della Corte Costituzionale ne discende che l'"attuazione" in via legislativa ed amministrativa della sentenza della Corte di Giustizia del 14 luglio 2016 non potrà omettere la concorrente applicazione dell'art.17 della Carta di Nizza, il cui contenuto normativo si è qui illustrato, ma che appare assiologicamente prevalente per lo stesso ordinamento comunitario.

20.7. Possiamo quindi concludere che l'applicazione della Direttiva Servizi alle concessioni di beni pubblici costituisce, senza nessun dubbio, una ingerenza nel

diritto delle imprese balneari al rispetto di loro beni, cosicché essa dovrà prescindere dall'art.49 cod. nav. e rispettare l'art.17 della Carta di Nizza.

Infatti, come osservato nella sentenza della *Grande Chambre* della CEDU del 5 gennaio 2000 (affaire *Byeler c. Italie*, requête n. 33202/96), un'ingerenza nel diritto di proprietà è compatibile con l'art. 1 del 1° Protocollo addizionale alla CEDU soltanto se, oltre ad essere legale, garantisca il «*juste équilibre*» entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu» (arrêt *Byeler*, § 107 cit.).

Misure pro-concorrenziali, quali quelle recate dalla Direttiva Servizi, non possono cioè tradursi in misure ablatorie dei diritti di proprietà. La tutela della concorrenza non costituisce del resto un'esigenza di pubblica utilità tale da giustificare il trasferimento forzoso di beni senza indennizzo di proprietà di un imprenditore a favore di un altro imprenditore.

La tutela dei diritti dei concessionari assurge quindi a controlimite agli effetti conformativi che scaturiscono dalla sentenza *Promoimpresa*. È pertanto compito degli interpreti, così come dei pubblici poteri della Repubblica Italiana e delle Istituzioni eurounitarie, garantire adeguati livelli di protezione a tali diritti ²³.

Avv. Roberto Righi

Avv. Ettore Nesi

²³ Nelle more della redazione delle presenti osservazioni è intervenuto sul tema un brillante saggio di G. Marchegiani (*“Le concessioni di beni del demanio marittimo alla luce del diritto UE”* in Giust. Amm. 10/2016), dalle cui conclusioni dobbiamo però dissentire nella parte in cui afferma che l'obbligo di immediata applicazione dei *dicta* della sentenza *Promoimpresa* esporrebbe le concessioni demaniali ad uso turistico-ricreativo in atto al loro ritiro a fronte di una richiesta di un operatore commerciale concorrente.

Questa radicale tesi, i cui fondamenti non contestabili si traggono dal rango delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia nel diritto eurounitario, non tiene però conto di quei controlimiti che si sono messi in luce nel presente scritto e che ad avviso di chi scrive ostano ad una generalizzata possibilità di annullamento d'ufficio di tali concessioni demaniali, delle quali non è possibile predicare la nullità, su richiesta di un terzo interessato.

Quella che è veramente interessante di tale saggio è però l'evidenziazione di quella che potrebbe definirsi una vera e propria aporia della sentenza *Promoimpresa*, la quale, molto probabilmente in conseguenza della particolare formulazione dei rinvii pregiudiziali, ha ritenuto recessiva l'applicazione dell'art.49 del T.F.U.E. una volta che la materia sia stata regolata dal diritto derivato dell'Unione Europea.

Questo profilo di indagine esula dal presente scritto, incentrato piuttosto sulle conseguenze nell'ordinamento nazionale della sentenza *Promoimpresa*, ma è merito del citato saggio di aver colto questa contraddizione irrisolta nella sentenza, che sembra dequotare la portata dell'art.49 del TFUE nonostante la sua preminenza nel sistema delle fonti eurounitarie rispetto alla direttiva, mentre impone l'applicazione di quest'ultima ed in particolare dell'art.12 di essa anche ove non sia accertato un interesse transfrontaliero certo, esclusivamente sulla base dell'accertamento della “scarsità della risorsa” rimesso al giudice *a quo*.

E' quindi inevitabile concludere, col Marchegiani, che la Corte di Giustizia dovrà ulteriormente chiarire gli effetti della sentenza *Promoimpresa* e con riferimento all'ordinamento nazionale l'occasione potrà essere data dal rinvio pregiudiziale *ex art.267* del TFUE originato dall'ordinanza della VI Sezione del Consiglio di Stato del 14 agosto 2015 n. 3936 la quale ha sottoposto alla Corte di Giustizia la stessa normativa nazionale, oggetto della sentenza del 14 luglio 2016, con esclusivo riferimento agli artt.49, 56 e 106 del TFUE.