

**PATRIMONIO PUBBLICO**

demanio e patrimonio pubblico

collana a cura di **PAOLO LORO**

**PL25**

**CARLO ALBERTO NEBBIA COLOMBA**

# Europa e concessioni turistico ricreative

**dalle contestazioni alle soluzioni**

**prefazione di Gabriele Lami**

**EXEO** edizioni 

**STUDI APPLICATI**

pubblicazioni professionali

ISBN formato pdf: 978-88-6907-204-8

**PATRIMONIO PUBBLICO**

collana a cura di **PAOLO LORO**

demanio e patrimonio pubblico

**PL25**

**CARLO ALBERTO NEBBIA COLOMBA**

# **EUROPA E CONCESSIONI TURISTICO-RICREATIVE**

*dalle contestazioni alle soluzioni*

prefazione di **GABRIELE LAMI**

**EXEO** edizioni 

**STUDI APPLICATI**

pubblicazioni professionali

**ISBN** formato pdf: 978-88-6907-204-8

La problematica del rilascio e del rinnovo delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative continua ad essere al centro dell'attenzione nazionale e dell'Unione.

La sentenza della Corte di Giustizia Europea del 14 luglio 2016 ha circostanziato alcuni capisaldi che impongono un urgente intervento normativo interno al fine di uniformare la materia ai principi ed alle direttive europee, necessità ben nota ma ancora non diretta.

Con la presente opera, l'Autore, dopo aver tratteggiato l'evoluzione delle vicende, analizza nel dettaglio relazione dell'Avvocatura Generale e la sentenza della CGE, la posizione della Commissione Europea e le situazioni di Spagna e Portogallo, fornendo dettagliati riferimenti normativi comparati al fine di individuare possibili soluzioni interpretative.

Inoltre, esamina i dispositivi "tampone" introdotti con le modifiche all'articolo 24 del D.L. 113/2016 apportate dalla legge di conversione n. 160/2016 e commenta i contenuti del presumibile testo normativo predisposto per costruire le nuove basi giuridiche su cui innestare il nuovo sistema di regolazione della materia, focalizzando l'attenzione sulle necessità del settore, sugli aspetti di ipotizzabile criticità e sulle tematiche al momento non affrontate.

In sintesi si tratta di un lavoro di sicuro interesse non soltanto per le varie parti pubbliche e private coinvolte nella questione (dai concessionari agli amministratori locali, dai professionisti del diritto amministrativo ai funzionari degli enti concedenti), ma anche per tutti coloro che, senza essere esperti, intendano approfondire la materia basandosi su concreti dati di fatto.

Copyright © 2016 Exeo S.r.l.. Tutti i diritti riservati. È consentita la stampa e l'utilizzo in più dispositivi ad esclusivo uso personale della persona fisica acquirente, o del destinatario del prodotto in caso di soggetto acquirente diverso da persona fisica, e comunque mai ad uso commerciale: ogni diversa utilizzazione e diffusione, con qualsiasi mezzo, con qualsiasi scopo e nei confronti di chiunque altro, è vietata senza il consenso scritto dell'editore. Quanto alla riproduzione dei contenuti, sono consentite esclusivamente citazioni di brevi brani in virgolettato a titolo di cronaca, studio, recensione, attività della pubblica amministrazione o professionale, accompagnate dal nome dell'autore, dell'editore, e dal titolo e anno della pubblicazione. Sarà perseguita nelle sedi opportune ogni violazione dei diritti d'autore e di editore. Alle violazioni si applicano le sanzioni previste dagli art. 171, 171-bis, 171-ter, 174-bis e 174-ter della legge 633/1941.

edizione: ottobre 2016

autore: CARLO ALBERTO NEBBIA COLOMBA, cultore di diritto dei trasporti e della navigazione presso l'Università di Pisa, esperto in demanio marittimo, ufficiale superiore del Corpo delle Capitanerie di Porto

collana: PATRIMONIOpubblico, a cura di PAOLO LORDO - numero in collana: 7

materia: demanio e patrimonio pubblico

tipologia: studi applicati

formato: digitale pdf

ISBN: 978-88-6907-204-8 - codice prodotto: PL25

editore: Exeo srl CF PI RI 03790770287 REA 337549 ROC 15200 DUNS 339162698 c.s.i.v. € 10.000,00, sede legale piazzetta Modin 12 35129 Padova sede operativa: via Buzzacarina 20 35020 Brugine PD. Luogo di elaborazione presso la sede operativa.

professionisti

pubblica amministrazione

## SOMMARIO

<i>PREFAZIONE</i> .....	6
<i>ABBREVIAZIONI</i> .....	11
<i>SINTESI CRONOLOGICA DELLE VICENDE E DEGLI INTERVENTI NORMATIVI</i> .....	13
<b>1 – INTRODUZIONE</b> .....	16
<b>2 – I QUESITI DEI TAR</b> .....	20
<b>3 – LA POSIZIONE DELL’AVVOCATURA GENERALE</b> .....	23
<b>4 – LE CONCLUSIONI DELLA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA</b> .....	26
<b>5 – L’INQUADRAMENTO NORMATIVO</b> .....	28
<b>6 – L’APPLICABILITÀ DELL’ARTICOLO 12 DELLA DIRETTIVA 2006/123/CE</b> .....	34
<b>7 – LE FACOLTÀ DI DEROGA CONSENTITE</b> .....	39
<b>8 – I PRINCIPI GENERALI DISCENDENTI DAL TFUE</b> .....	43
<b>9 – IL PRIMO INTERVENTO NORMATIVO INTERNO</b> .....	47
<b>10 – IL COMMA 3-septies</b> .....	49
<b>11 – UNA QUESTIONE APERTA</b> .....	52
<b>12 – IL COMMA 3-octies</b> .....	55
<b>13 – LA POSIZIONE DELL’U.E. POST SENTENZA</b> .....	61
<b>14 – LA SITUAZIONE SPAGNOLA</b> .....	64
<b>15 – LA SITUAZIONE PORTOGHESE</b> .....	71
<b>16 – LA BOZZA DELLA LEGGE DELEGA</b> .....	76
<b>17 – CONCLUSIONI</b> .....	101
<i>BIBLIOGRAFIA</i> .....	103
<i>SITOGRAFIA</i> .....	104

*APPENDICI*..... 105

## **PREFAZIONE**

È trascorso quasi un decennio dal momento in cui la crisi del sistema di regolazione del demanio marittimo è esplosa in tutta la sua virulenza.

Si sono susseguite continuamente sentenze, norme di legge nazionali e regionali, così come regolamenti e circolari che cercavano di operare aggiustamenti, interpretazioni, adeguamenti ad un sistema ormai moribondo e senza futuro.

Con la Sentenza del 14 luglio 2016 della Corte di Giustizia Europea siamo arrivati alla dichiarazione di morte di un sistema la cui obsolescenza era emersa in tutta la drammaticità nel corso degli anni, ma una politica fino ad oggi scarsamente sensibile all'innovazione, unita alla parte meno illuminata della classe imprenditoriale del settore balneare, non ha saputo o voluto interpretare.

L'epitaffio è stato completo ed esaustivo, con una sentenza la cui articolazione ha il pregio di essere semplice nella sua lettura, sintetica nelle sue affermazioni ma soprattutto completa, smontando definitivamente ogni interpretazione che i legulei di ogni fronte hanno cercato di portare come «soluzione definitiva» alle problematiche sollevate dalla giurisprudenza amministrativa prima e dalla procedura di infrazione dopo, naufragate miseramente e con perdite gravi.

Non dovevamo arrivare alla sentenza, non era opportuno avere una così chiara disamina ed altrettanto sicura affermazione dei principi non tanto comunitari quanto di «buona amministrazione» della cosa pubblica, costantemente disattesi negli ultimi 50 anni nella materia del demanio marittimo ed in particolare del turistico ricreativo.

Si sono chiusi gli spazi di manovra utili per una disciplina più adeguata alla realtà nazionale di un mondo economico di assoluta

importanza, di un sistema organizzato di offerta turistica che è stato «replicato» in molte altre località, sia emergenti che consolidate, del turismo balneare mondiale.

L'autore del testo in commento comprende molto bene la situazione e lo dimostra a partire dal titolo del *pamphlet* ed in particolare dalla chiusura (... *dalle contestazioni alle soluzioni*), che in una riga riassume quanto sopra illustrato e l'esigenza di passare dalla «protesta» alla «proposta».

Nel testo si ripercorrono sistematicamente gli avvenimenti che hanno portato alla *debacle* del luglio scorso, con un metodo analitico che offre al lettore una chiarezza importante per la comprensione degli eventi, illuminando i motivi della crisi e le varie «pezze» innestate per cercare di fermare la sua evoluzione, indicando anche le proprie considerazioni per i diversi istituti introdotti o modificati, che aiutano rendersi conto dell'evoluzione svelando anche la profondità della crisi del sistema regolatorio del demanio marittimo, in particolare turistico ricreativo.

Si parte proprio dai contenuti della Sentenza del 14 luglio scorso ripercorrendo a ritroso gli eventi e per ciascuno di essi indicando i passaggi che hanno influenzato la materia: dalle ordinanze dei TAR Milano e Sardegna per arrivare alla relazione dell'Avvocatura Generale della Commissione europea, passando per illustrare i contenuti della c.d. Bolkestein che gli scarsamente informati accusano di essere la causa di tutte le difficoltà del settore.

Si prosegue poi in modo molto originale e direi decisamente opportuno, nell'analisi delle normative spagnole e portoghesi, spesso citate a sproposito come rappresentazione di una modalità di «aggiramento» delle direttive comunitarie che l'Unione Europea avrebbe accettato senza difficoltà, evidenziando le opportunità acquisibili da tali esperienze che però non escludono l'applicazione dei principi di evidenza pubblica e di durata dei titoli connessa agli investimenti.

Si arriva a concludere con la disamina del presumibile testo del decreto legislativo predisposto dal Governo per costruire le nuove basi giuridiche su cui innestare il nuovo sistema di regolazione del

demanio marittimo ed in particolare del turistico ricreativo.

È un documento completo, molto importante per il momento in cui stiamo trattando di questa riforma, come strumento di analisi del passato e delle possibili soluzioni per arrivare finalmente alla costruzione di un quadro normativo adeguato e degno di una Nazione civile che contemperi gli interessi dell'impresa balneare con quelli pubblici connessi alla Gestione Integrata della Fascia Costiera, che comprende non solo la questione delle evidenze pubbliche delle concessioni ma anche il loro «impatto» globale nella organizzazione di una zona ambientalmente fragile e influenzata da pericoli che minacciano la sua consistenza e quindi la possibilità di utilizzo delle stesse per le finalità turistiche con gli inevitabili riflessi economici.

È il momento di pensare in «grande» dimostrando che la fase della contestazione non è trascorsa invano ma ha assunto la funzione di far decantare la protesta contro il passaggio da un sistema di regolazione che privilegiava la sua staticità ad uno dinamico, in cui la temporaneità dell'utilizzo consentito assume il ruolo di primaria disciplina delle aree demaniali marittime, non incompatibile con la attività di impresa, ma anzi sua leva di sviluppo ed ulteriore miglioramento.

La nuova disciplina normativa non può limitarsi ad una nuova «pezza» finalizzata a permettere di proseguire surrettiziamente come in passato, perché non possiamo più permetterci tali scelte, non tanto per le determinazioni della Corte di Giustizia, quanto per la necessità ormai indefettibile di valorizzare in modo coordinato e concreto il bene pubblico ed in particolare quello demaniale marittimo.

E tale condizione ritengo sia un interesse comune, non solo per la «politica» chiamata ad un ruolo realmente *super partes*, ma per le stesse categorie, per consentire ai veri imprenditori, quelli che veramente hanno investito e vogliono continuare a farlo, di produrre ricchezza per se stessi e per la collettività con una impresa adeguata e pronta a proseguire una innovazione di offerta turistica integrata con il territorio in cui insistono, nuova frontiera da esplorare.

### **3 – LA POSIZIONE DELL'AVVOCATURA GENERALE**

La Corte di Giustizia Europea, dopo aver riunito le due cause stante la loro stretta similitudine, ha trasmesso i relativi fascicoli all'Avvocatura generale il cui incaricato, avv. Maciej Szpunar, ha presentato le proprie conclusioni all'udienza del 25 febbraio 2016 proponendo al consesso la formulazione della seguente risposta: «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 esso osta ad una normativa nazionale che proroga automaticamente la data di scadenza delle autorizzazioni relative allo sfruttamento del demanio pubblico marittimo e lacuale»<sup>12</sup>.

Per giungere a tale proposta lo Szpunar ha effettuato un'approfondita analisi delle vicende in esame, della vigente legislazione italiana di riferimento e della normativa europea applicabile alle fattispecie.

Secondo la sua opinione, non sussiste alcun dubbio sul fatto che le concessioni demaniali *de quibus* rientrino appieno nel campo di applicazione della direttiva 2006/123 e la sua relazione, in modo univoco e costante, si dipana seguendo questa direttrice di pensiero per confutare gli elementi di difesa nazionale.

In breve, pur riconoscendo che l'articolo 12, paragrafo 3 della direttiva contempli la possibilità per gli Stati membri di tenere conto di motivi imperativi di interesse generale nello stabilire le regole di selezione dei concessionari, ha argomentato che tale disposizione non può essere invocata per esimersi dall'organizzare le relative procedure conformi ai precetti dell'Unione.

Ha ritenuto, inoltre, che la giustificazione relativa alla necessità di garantire il principio del legittimo affidamento addotta dal Governo italiano, non possa essere portata a sostegno della liceità di una proroga automatica ed indiscriminata, quale desumibile dal

---

<sup>12</sup>Appendice B - Paragrafo 115.

disposto normativo nazionale, in quanto sarebbe invece indispensabile procedere ad una valutazione caso per caso, così da dimostrare, attraverso elementi concreti, che il titolare dell'autorizzazione abbia potuto aspettarsi legittimamente il rinnovo del proprio titolo abilitativo e abbia effettuato i relativi investimenti.

Nei casi esaminati, i provvedimenti concessori risultano essere stati rilasciati quando, ad avviso del relatore, l'applicazione del principio di trasparenza era già costante e, poiché gli atti in questione indicano come data di scadenza il 31 dicembre 2010, gli assegnatari erano in grado di prevedere l'importo degli investimenti effettuabili in funzione di una durata di ammortamento nota in anticipo.

L'Avvocato generale ha altresì evidenziato che, a ragione dell'avvenuto formale recepimento della direttiva Bolkestein nell'ordinamento italiano – e, in particolare, del dispositivo contenuto nell'articolo 12 (mutuato nell'articolo 16 del decreto legislativo n. 59/2010<sup>13</sup>) –, i giudici nazionali sono tenuti ad interpretare il diritto interno in modo tale che la normativa trasposta prevalga sulla legislazione speciale relativa alle concessioni demaniali marittime e lacuali.

In via subordinata, ha ulteriormente opinato che, qualora la richiamata direttiva non fosse ritenuta riferibile – per l'ascrivibilità

---

<sup>13</sup>Articolo 16: «1. Nelle ipotesi in cui il numero di titoli autorizzatori disponibili per una determinata attività di servizi sia limitato per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili, le autorità competenti applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali ed assicurano la predeterminazione e la pubblicazione, nelle forme previste dai propri ordinamenti, dei criteri e delle modalità atti ad assicurarne l'imparzialità, cui le stesse devono attenersi. 2. Nel fissare le regole della procedura di selezione le autorità competenti possono tenere conto di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti e autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi di interesse generale conformi al diritto comunitario. 3. L'effettiva osservanza dei criteri e delle modalità di cui al comma 1 deve risultare dai singoli provvedimenti relativi al rilascio del titolo autorizzatorio. 4. Nei casi di cui al comma 1 il titolo è rilasciato per una durata limitata e non può essere rinnovato automaticamente, né possono essere accordati vantaggi al prestatore uscente o ad altre persone, ancorché giustificati da particolari legami col primo».

degli atti in contestazione alla fattispecie delle concessioni di servizi –, la loro proroga risulterebbe comunque in contrasto con gli obblighi indefettibili derivanti dalle statuizioni dell'articolo 49 del TFUE in materia di trasparenza e non discriminazione.

In altri termini, se considerata applicabile la normativa europea primaria, la proroga per legge delle concessioni costituirebbe un illegittimo rinvio dell'assegnazione di un bene (già assentito in assenza di trasparenza) potenzialmente di interesse transfrontaliero.

A seguito di tali argomentate conclusioni e nella consapevolezza che, in genere, la Corte di Giustizia Europea ben difficilmente si discosta dalle opinioni espresse dalla propria Avvocatura, una sentenza sfavorevole all'Italia era quasi unanimemente attesa.

## **4 – LE CONCLUSIONI DELLA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA**

Come ricordato in apertura, la Corte di Giustizia ha definitivamente sentenziato sui quesiti portati alla sua attenzione in data 14 luglio 2016<sup>14</sup>.

Essa ha liquidato le argomentazioni sulla presunta irricevibilità delle questioni pregiudiziali opposte dalla difesa nazionale puntualizzando, sulla base di consolidata giurisprudenza<sup>15</sup>, che non rientra tra le proprie competenze la verifica della corretta interpretazione del diritto interno, demandata in via esclusiva al giudice di rinvio, e che un eventuale rifiuto a pronunciarsi su una richiesta del giudice nazionale è possibile soltanto qualora risulti manifesto che la domanda di interpretazione del diritto dell'Unione:

- a) non abbia alcun riferimento con la realtà effettiva o con l'oggetto del procedimento principale;
- b) afferisca ad un problema di natura ipotetica ovvero qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari a fornire soluzioni;

entrambe ipotesi non ricorrono nelle situazioni in esame.

Quindi, al termine delle analisi svolte sulle singole cause, ha formulato il proprio arresto con le seguenti dichiarazioni di chiusura:

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

---

<sup>14</sup>Appendice C.

<sup>15</sup>Sentenza CGE 6 ottobre 2015 (C-69/14), punto 14 e giurisprudenza ivi citata.

i potenziali candidati.

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

Si tratta di conclusioni lapidarie che, pur non risolvendo le controversie nazionali, la cui soluzione spetta ai giudici italiani in conformità alle decisioni della Corte, sembrano lasciare ben poco spazio di manovra e che, evidentemente, erodono le speranze dei concessionari del settore turistico balneare di poter mantenere in vita, anche in futuro, rapporti non scaturenti da procedure di evidenza pubblica.

Ad ogni buon fine, al di là delle chiare tesi espresse nei soprariportati dispositivi, ad avviso di chi scrive, è necessario procedere ad un attento esame di alcuni passaggi contenuti nel testo della sentenza, in quanto grazie ad essi è possibile pervenire ad una corretta circoscrizione della materia del contendere e delle problematiche in campo.

Inoltre, anche se le determinazioni finali della Corte non si discostano dall'opinione espressa dall'Avvocatura generale, alcune linee interpretative risultano differenti e maggiormente articolate, consentendo – in via ipotetica – di effettuare dei distinguo tra le varie tipologie di concessioni demaniali e loro soggezione a diverse fonti normative comunitarie.

## 7 – LE FACOLTÀ DI DEROGA CONSENTITE

Come è noto, l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2006/123/CE, fa salva la possibilità degli Stati nazionali di tenere conto – nell'individuazione delle regole della procedura selettiva preordinata al rilascio delle autorizzazioni – di considerazioni legate a motivi imperativi di interesse generale.

In proposito, la Corte di Giustizia ha precisato che la facoltà contemplata dalla norma può essere fatta valere unicamente nello stabilire le regole dell'*iter* selettivo, ma non può essere utilizzata per giustificare la legittimità di una proroga automatica e generalizzata delle concessioni, tanto più quando il rilascio iniziale del provvedimento autorizzativo non sia stato effettuato in base alle necessarie procedure ad evidenza pubblica.

Parimenti, facendo proprio quanto già sostenuto dall'Avvocatura generale, la CGE ha ribadito che eventuali cause giustificative fondate sul principio del legittimo affidamento non sono in grado di sostenere la liceità di una proroga indiscriminata come quella prevista dalla norma nazionale, ma sono adducibili esclusivamente qualora si operino valutazioni caso per caso, al fine di acclarare se l'interessato non potesse che attendersi il rinnovo del provvedimento e che, di conseguenza, abbia effettuato investimenti ancora non ammortizzati.

Anche in tale enunciazione si rinvencono elementi di assoluta rilevanza.

Intanto l'organo di giustizia, nella trattazione dei casi in giudizio, conferma la valenza da attribuire alle aspettative del concessionario che, in buona fede, abbia ritenuto di poter proseguire nel rapporto instaurato con il concedente.

Purtuttavia, immediatamente dopo, implicitamente afferma che la formulazione della normativa italiana – *ante*, in vigenza del diritto di insistenza previsto dall'articolo 37 del codice della navigazione e dell'automatismo del rinnovo di cui all'articolo 10 della legge n.

88/2001, e *post*, con la proroga fino al 31 dicembre 2020 – non possa essere considerata idonea ad indurre i concessionari nel lecito convincimento di avere davanti un periodo certo, stabile e duraturo di prosecuzione del rapporto.

A tal proposito il pensiero della Corte, se esteso a livello generale, appare eccessivamente penalizzante: invero, risulta quantomeno difficile non riconoscere la buona fede di quei concessionari che sono stati mal indirizzati nelle proprie valutazioni economico-imprenditoriali proprio a causa della presenza di norme nazionali come quelle dianzi citate.

In effetti, è agevole rilevare come per la CGE (così come per l'Avvocatura generale) assuma centralità la scadenza indicata nell'atto concessorio: la relativa data è ritenuta l'unico spartiacque valutabile per l'applicazione di una nuova procedura di assegnazione fondata sulle regole dell'Unione, senza considerare che la parte privata del rapporto – a prescindere o meno della conformità della legge interna ai dettami comunitari – non poteva che avere contezza di una proroga, fino all'attualità, valida ed operante.

È forse opportuno rammentare che, mentre la Corte di Giustizia sostanzialmente mostra di identificarle, dottrina e giurisprudenza italiane distinguono in modo formale le fattispecie della «proroga» (istituto che comporta la prosecuzione di un rapporto in corso senza soluzione di continuità) e del «rinnovo» (istituto che interviene a rivitalizzare un rapporto ormai esaurito e si sostanzia nel rilascio di un nuovo atto amministrativo), cosicché, a rigor di logica, la scadenza della concessione dovrebbe verificarsi soltanto nella seconda ipotesi<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup>«(...) il c.d. rinnovo è propriamente una nuova concessione, in quanto la scadenza del termine ne comporta l'automatica estinzione con conseguente insorgenza per l'Amministrazione del dovere di provvedere autonomamente al riguardo», Cass. civile, sez. III, n. 5842/2004. «(...) mentre la proroga presuppone la continuazione di un rapporto in corso, il rinnovo incide, rivitalizzandolo, su di un rapporto ormai esaurito», Consiglio di Stato, sez. VI, n. 20135/2000. Tuttavia, sempre il C.d.S. (sez. VI, n. 626/2013), a proposito dell'incameramento delle opere non amovibili erette sulla concessione: «Detta esigenza non può evidentemente ravvisarsi quando il titolo concessorio preveda (...) forme di rinnovo automatico o preordinato in precedenza, rispetto alla data di naturale scadenza della concessione, tanto da configurare il rinnovo

Si soggiunga altresì che le previsioni dell'articolo 1, comma 18, del D.L. n. 194/2009 sono dirette a disciplinare il periodo transitorio tra il previgente regime italiano del rilascio delle concessioni demaniali e quello di matrice europea e, in quanto tali, trovano come unico e naturale limite di legittimità la rispondenza a criteri generali di ragionevolezza, la cui verifica di sussistenza non può certo essere lasciata al singolo cittadino che, anzi, dovrebbe essere garantito dal principio fondamentale della certezza del diritto.

La stessa Corte Costituzionale ha seguito il costante orientamento di riconoscere al legislatore, in caso di innovazioni di sistemi o di regimi, un'ampia discrezionalità nella gradualità di attuazione e modalità di adattamento, temporanee e transitorie, che, ove non siano manifestamente irragionevoli, si sottraggono a censure di illegittimità costituzionale<sup>37</sup>.

A sommo parere dello scrivente, quindi, se può essere condivisibile la posizione della CGE circa l'impossibilità di giustificare una proroga generalizzata delle concessioni in essere, parrebbe altrettanto equo sostenere che, nelle more del riassetto della materia, per il riconoscimento della validità della proroga non si dovrebbe prescindere dal tenere nella giusta considerazione gli investimenti eventualmente effettuati dai concessionari in vigenza di una previsione normativa che fissa la cessazione del rapporto al 31 dicembre 2020.

In buona sostanza si tratta di applicare, caso per caso, il criterio ritenuto come valido dalla Corte di giustizia, riconoscendo la buona fede nell'aspettativa di poter contare su un rapporto di maggior respiro a tutti quei concessionari che, debitamente autorizzati dall'autorità concedente – e soprattutto nel periodo di *prorogatio* – abbiano effettivamente impegnato, risorse economiche per lo svolgimento dell'attività imprenditoriale intrapresa.

Come nell'ipotesi di una proroga *erga omnes*, anche il mancato distinguo tra le varie situazioni in essere provocherebbe una palese

---

stesso – al di là del *nomen iuris* – come una vera e propria proroga, protraendosi il medesimo rapporto senza soluzione di continuità».

<sup>37</sup>Cfr. in particolare Corte Costituzionale n. 413/2002, n. 219/2004, n. 309/2008.

disparità di trattamento tra coloro che hanno investito – e quindi da ritenersi meritevoli di vedere garantito il rientro dei capitali impiegati – e coloro che, invece, nulla hanno fatto – mantenendo una mera rendita di posizione –.

Una doverosa ed equa valutazione, dunque, parrebbe rispondere appieno «al principio generale il quale esige che il passaggio da un previgente ad un nuovo regime (...) non sia regolato da norme manifestamente irragionevoli e lesive dell'affidamento nella tutela delle posizioni legittimamente acquisite»<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup>Corte Costituzionale, n. 309/2008, cit.

## **8 – I PRINCIPI GENERALI DISCENDENTI DAL TFUE**

Con riguardo alla compatibilità della norma italiana con i principi discendenti dal diritto primario, la Corte ha preliminarmente precisato che:

- 1) qualsiasi misura nazionale in un settore già oggetto di una armonizzazione completa a livello dell'U.E. deve essere interpretata con esclusivo riferimento a tale armonizzazione (e non al diritto primario);
- 2) la direttiva 2006/123/CE realizza un'esaustiva armonizzazione concernente i servizi che rientrano nel suo campo di applicazione<sup>39</sup>.

Al lume di tale puntualizzazione ha conseguentemente affermato che l'interpretazione dei principi basilari è possibile soltanto qualora l'articolo 12 della direttiva non sia applicabile ai casi di specie, circostanza che deve essere stabilita dal giudice nazionale.

Ebbene, in ipotesi di positivo accertamento, la giurisprudenza europea è concorde nel ritenere che qualora l'assegnazione di una concessione non rientri tra le varie fattispecie oggetto di specifica disciplina, risulta comunque sottoposta alle regole fondamentali del TFUE, in generale, e al principio di non discriminazione, in particolare<sup>40</sup>.

Da ciò discende che ogni qual volta una concessione presenti un interesse transfrontaliero certo, il suo rilascio in assenza di idonea trasparenza costituisce una disparità di trattamento, vietata in linea di principio dall'articolo 49 TFUE, nei confronti di tutte le imprese aventi sede in uno Stato membro potenzialmente interessate alla concessione stessa.

Nello specifico, la Corte, richiamando la propria precedente

---

<sup>39</sup>Segnatamente gli articoli da 9 a 13 della direttiva 2006/123.

<sup>40</sup>Sentenza CGE 17 luglio 2008, C-347/06, punti 57 e 58 (e giurisprudenza ivi citata).

giurisprudenza<sup>41</sup>, si discosta parzialmente dalle conclusioni cui era pervenuta l'Avvocatura generale (per la quale l'interesse transfrontaliero sarebbe sempre presente *in re ipsa*<sup>42</sup>) e precisa che l'interesse sovranazionale deve essere valutato sulla base di tutti i criteri rilevanti dell'appalto – quali il valore economico, la situazione geografica, gli aspetti tecnici – tenendo conto delle sue caratteristiche proprie.

Ad ogni modo, la verifica della sussistenza degli elementi necessari a consentire tale valutazione fondamentale dovrebbe essere effettuata dal giudice nazionale prima di adire la C.G.E.<sup>43</sup>

In definitiva, anche con un'interpretazione riferita ai dettami del TFUE, la difesa italiana della norma nazionale basata sulla necessità di consentire ai concessionari l'ammortizzazione degli investimenti eseguiti e, più in dettaglio, per rispettare il principio imperativo della certezza del diritto – pur riconosciuto potenzialmente idoneo a legittimare una temporanea disparità di trattamento –, non è stata ritenuta atta a giustificare, nel concreto, i casi esaminati.

E ciò perché, sebbene sia acclarato che la risoluzione di un rapporto (instaurato in epoca anteriore alla dichiarazione che i contratti aventi interessi transfrontalieri dovessero essere sottoposti ad un regime di trasparenza) comporta il doveroso riconoscimento di un adeguato periodo transitorio per permettere alle parti di sciogliere i rispettivi legami a condizioni accettabili (*in primis* dal punto di vista economico)<sup>44</sup>, le concessioni portate all'attenzione della giustizia europea risultano rilasciate in data successiva a tale dichiarazione.

È evidente come, a commento della suesposta conclusione, valgano – a motivo della vigenza di norme interne che sancivano,

---

<sup>41</sup>Sentenze CGE 14 novembre 2013, C-221/12 e 17 dicembre 2015, C-25/14 e C-26/14 (e giurisprudenza ivi citata).

<sup>42</sup>In particolare cfr. paragrafi 69 e 113 delle Conclusioni dell'Avvocato generale Maciej Szpunar in Appendice B.

<sup>43</sup>La carenza documentale relativa a tale aspetto è stata rilevata negli atti prodotti dal TAR Cagliari ed ha condotto alla dichiarazione di irricevibilità della prima questione pregiudiziale sollevata.

<sup>44</sup>La CGE ha richiamato in proposito le proprie sentenze 17 luglio 2008, C-347/06 e 14 novembre 2013, C-221/12.

### **13 – LA POSIZIONE DELL'U.E. POST SENTENZA**

I primi contatti Italia-Europa hanno avuto luogo soltanto dopo una settimana dalla pronuncia della Corte, attraverso l'incontro tra il Sottosegretario per le Politiche Europee ed il Direttore generale della D.G. Crescita della Commissione Europea, allo scopo di impostare un dialogo tecnico sulle novità apportate dalla sentenza.

Secondo il resoconto diffuso<sup>60</sup>, il rappresentante del Governo italiano, presentando la prima bozza di un disegno di legge delega volto a riorganizzare il settore, in modo equo e mutualmente positivo, ha indicato le direttrici di fondo che si intendono seguire.

Lo spirito della norma dovrebbe essere quello di conciliare il principio della libertà di accesso con quello del legittimo affidamento degli operatori che hanno effettuato investimenti e quindi, mediante l'adozione di appositi decreti legislativi, individuare i criteri fondamentali per l'organizzazione delle successive procedure, imparziali e trasparenti, al fine di incentivare lo sviluppo imprenditoriale, la promozione di un turismo più efficiente e l'innalzamento della qualità dei servizi.

Conseguentemente, Regioni e Comuni dovranno dare applicazione alle regole stabilite a livello centrale provvedendo ad effettuare le stime degli investimenti già realizzati nell'ambito delle concessioni esistenti e ancora non ammortizzati.

Poiché, in tal modo, sarà possibile pervenire ad un clima di certezza del diritto che non soltanto risolva le pendenze pregresse, ma fornisca chiarezza per l'avvenire, è stata sottolineata l'opportunità che non venga avviata, dalla Commissione, un'eventuale procedura di infrazione nei confronti del Paese.

La Direzione generale, dopo aver specificato che, in costanza di dialogo e salvo l'insorgenza di problemi gravi, saranno privilegiati scambi diretti anziché il ricorso ad atti formali, ha elencato i punti

---

<sup>60</sup>Dalla Rappresentanza permanente d'Italia presso l'Unione Europea con nota prot. 6332 del 22 luglio 2016.

di maggior interesse della Commissione, in vista dei prossimi passaggi tecnici.

Innanzitutto, per l'effettiva applicazione del nuovo sistema, si rende necessario (a) concordare un calendario, comprensivo di un eventuale periodo transitorio, che stabilisca una data limite sia per l'adozione della legge delega, sia per l'effettiva applicazione della normativa da parte di Regioni e Comuni per quanto riguarda alle attività di competenza.

Inoltre, con specifico riferimento ai criteri di valutazione, devono essere tenuti nella debita considerazione:

(b) la distinzione tra ammortamenti e profitti futuri: non si può prescindere da quanto la Corte di Giustizia ha chiarito circa la differenza tra la legittima aspettativa degli operatori di ammortizzare gli investimenti pregressi ed il desiderio di prolungare le concessioni per ottenere guadagni futuri. In altri termini, è necessario che le misure di indennizzo siano adeguate poiché, ove fossero eccessive o si creasse una preferenza evidente per gli attuali concessionari, si configurerebbe una violazione del principio della libera concorrenza;

(c) la distinzione tra stima degli ammortamenti e avviamento delle imprese: mentre la valutazione proporzionata della prima è consentita dal diritto dell'Unione (attraverso il valore della proprietà dei beni oggetto di trasferimento di proprietà), il riconoscimento del valore di avviamento (oggetto di un pagamento del concessionario entrante a quello uscente) potrebbe configurare un vantaggio indebito per gli operatori originari<sup>61</sup>;

(d) la definizione della «esperienza degli operatori»: l'obiettivo finale di evitare – per quanto più possibile – restrizioni del mercato rende necessario prevedere un sistema che faciliti l'ingresso di nuovi operatori e non sia costruito ad esclusiva tutela degli attuali.

Infine, sempre secondo la Commissione, sarebbe opportuno affrontare la disciplina della materia anche nel più vasto quadro dei

---

<sup>61</sup>Tale pensiero è stato obiettato da parte italiana richiamando la costante giurisprudenza costituzionale sul principio della parità di trattamento tra le imprese attive in ambito privato e quelle operanti su concessioni pubbliche (altrimenti svantaggiate dalla difformità).

piani pluriennali per la gestione delle coste, da predisporre a cura dei singoli Stati membri, perché è al loro interno che devono trovare definizione le priorità politiche e le differenti destinazioni d'uso delle varie aree (pesca, portualità, turismo, ecc.)<sup>62</sup>.

Da parte governativa è stata poi sollevata la questione – costantemente stigmatizzata dalle associazioni di categoria nazionali – relativa all'apparente diversa posizione tenuta dalla Commissione nei confronti di Spagna e Portogallo<sup>63</sup> con riferimento a situazioni analoghe a quella italiana.

La D.G. non ha escluso l'apertura di nuove procedure alla luce della pronuncia della Corte di giustizia europea, ma ha sottolineato che – al momento – nessun Paese è in infrazione e che l'Italia ha possibilità di intervenire per prima adottando un sistema in grado di rappresentare un precedente nel settore.

L'incontro è stato aggiornato al settembre 2016 per valutare i seguiti operativi più nel dettaglio e discutere i termini dei provvedimenti di attuazione della sentenza all'interno dei relativi negoziati con la Commissione.

Pur considerando il taglio generale con il quale è stato affrontato l'argomento, le impressioni che ne conseguono possono essere indirizzate ad un cauto ottimismo: intanto non è emersa alcuna volontà da parte europea di attivare con immediatezza procedure di infrazione, quindi è stato – informalmente – riconosciuto all'Italia un periodo di respiro mediante una calendarizzazione condivisa per l'adozione dei vari *step* attuativi del percorso di adeguamento, infine i criteri indicati – sebbene palesemente interpretati in modo alquanto restrittivo dalla D.G. – sembrano consentire buoni margini di dialogo.

Alla luce di quanto sopra, parrebbe opportuno «sfruttare» in modo ponderato i tempi e la disponibilità al preventivo confronto palesati dall'organismo dell'Unione per procedere ad un riordino normativo che porti definitive certezze.

---

<sup>62</sup>Raccomandazione 2002/413/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2002, relativa all'attuazione della gestione integrata delle zone costiere in Europa.

<sup>63</sup>Per una sommaria ricognizione delle vicende dei due Paesi menzionati si rinvia ai paragrafi successivi.