

Sulla necessità di abrogare l'art. 49 Cod. Nav. per risolvere la questione balneare italiana.

1) Quanto illustrato nel presente scritto trae spunto dalla recentissima segnalazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato inoltrata al Presidente del Consiglio dei Ministri ex artt. 21 e 22 della L. 287/1990 ed ex art. 47 della L. 99/2009 al fine della predisposizione del disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza.

2) L'AGCM nella propria segnalazione tratta infatti diffusamente, alle pagg. nn. 45-47 di essa, delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative proponendo l'abrogazione dell'art. 1 commi 682-684 della Legge 145/2018, peraltro ripetutamente disapplicato dai giudici amministrativi Italiani, *poiché la proroga del termine di durata delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative si pone in contrasto con gli artt. 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europa, in quanto è suscettibile di limitare ingiustificatamente la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi nel mercato interno, nonché con l'art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE (c.d. direttiva Servizi). Tale principio è stato, da ultimo, ribadito del TAR Toscana con sentenza n. 363 dell'8 marzo 2021 (resa proprio nel ricorso ex art. 21 bis L. 287/1990 proposta dall'AGCM) che, in conformità a quanto statuito dalla Corte di Giustizia UE del 14/7/2016 cause riunite C – 458/14 e C-67/15, ha espressamente affermato che “la proroga legale delle concessioni demaniali in assenza di gara non può avere cittadinanza del nostro ordinamento””, posto che “le spiagge sono beni naturali il cui numero è ontologicamente limitato, in ragione della scarsità delle risorse naturali”*

A ciò aggiungasi – anche se l'AGCM non la richiama – la nota lettera di messa in mora della commissione Europea del 3 dicembre 2020 propedeutica all'apertura di una nuova procedura di infrazione contro la Repubblica Italiana che ha per oggetto le disposizioni sopra citate nonché l'art. 182 del D.L. 34/2020 come conv. con. L. 77/2020, la quale rende ineludibile la soluzione di questa

problematica, nei termini segnalati dall'AGCM secondo cui *“in un mercato in cui, in ragione delle specifiche caratteristiche oggettive, esiste un'esclusiva o sono ammessi ad operare un numero limitato di soggetti, l'affidamento delle concessioni deve avvenire mediante procedure trasparenti e competitive, al fine di attenuare gli effetti distorsioni della concorrenza connessi alla posizione di privilegio attribuita al concessionario. L'indicazione di procedure competitive per l'assegnazione delle concessioni potrà ove ne ricorrano i presupposti, essere supportata dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti.”*

3) L'AGCM non propone, nella sua segnalazione, l'abrogazione diretta o implicita per effetto della *ius superveniens* dell'art. 49 del codice della navigazione, che si oppone frontalmente a tale riconoscimento dell'indennizzo, prevedendo esso invece l'incameramento senza indennizzo della “fabbrica” del concessionario al termine del rapporto, ma tale abrogazione ad opera della legislazione statale la presuppone, posto che, come chiarito da tutta la giurisprudenza costituzionale intervenuta in materia – a partire dalla sentenza n. 180/2010 a quella ultima in ordine cronologico n. 10/2021 - ciò è appunto di competenza della legislazione esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza e di ordinamento civile, ex art. 117 2° comma lett. e e lett. l Cost., cosicché la legislazione delle regioni a statuto speciale o ordinario non può invadere la materia e soltanto il Parlamento può recepire l'indicazione dell'AGCM.

4) Lo scopo delle presenti note è quindi quello di dimostrare la fondatezza di questa conclusione dell'AGCM, illustrando quali siano i presupposti, *rectius* i fondamenti costituzionali del diritto all'indennizzo del concessionario uscente, mentre la disposizione che alla scadenza della concessione non prevede, contenuta appunto nell'art. 49 Cod. Nav. approvato con il R.D. 30 marzo 1942 n. 327 ed in vigore dal 21 aprile 1942, disponendo che *“quando venga a cessare la concessione le opere non amovibili, costruite sulla zona demaniale, restano acquisite allo Stato, senza alcun compenso o*

rimborso”, è il prodotto di un ordinamento giuridico ove la concessione di beni pubblici si caratterizzava per il suo contenuto autoritativo piuttosto che negoziale e ove l’industria balneare era agli albori del suo sviluppo, senza la presenza di quelle stabili strutture inamovibili di supporto ad essa, che caratterizzano invece oggi molti Comuni costieri italiani.

5) Ma, come implicitamente ritiene l’AGCM, la quale altrimenti non sarebbe pervenuta a questa conclusione, la perdita senza indennizzo di tutte le utilità economiche inerenti all’impresa balneare per la scadenza della concessione è in contrasto, da un lato, con gli artt. 49 e 56 TFUE, dall’altro lato, con gli artt. 42 e 117 Cost. in relazione all’art. 1 del 1° Protocollo addizionale alla Convenzione EDU (adottato il 20 marzo 1952 e reso esecutivo con legge 4 agosto 1955, n. 848), come interpretato dalla Corte EDU, nonché con l’art.17 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea (c.d. Carta di Nizza). A questi fini dobbiamo innanzitutto ricordare il carattere “reale” delle concessioni demaniali marittime per la “gestione di stabilimenti balneari” (per usare la terminologia dell’art.01 del Dl. 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 superficaria di tutte le opere immobiliari da esso collocate all’interno di quella porzione del demanio marittimo della quale dispone in base alla concessione, come confermato dalla sentenza n. 29/2017 della Corte Costituzionale e tra le altre dalle sentenze del TAR Toscana sez. III, n. 328/2015, e 225/2016 e 1150/2016. Questo è pacifico nell’esperienza applicativa del codice della navigazione ed è in particolare dimostrato dall’art. 41 di esso, circa la possibilità del concessionario di ipotecare il compendio, ma è stato più di recente 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 2 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 superficaria, 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; ma v. anche Cons. Stato sez. VI n. 6043/2019). È altresì necessaria un'ulteriore premessa “terminologica”, che ha però relevantissimi effetti anche sul piano sostanziale. È noto che le concessioni demaniali marittime del codice della navigazione italiano non hanno nulla a che vedere con le concessioni (di opere o di servizi) previste dall'ordinamento comunitario, il quale assimila le prime piuttosto alle locazioni di beni immobili (Corte di Giustizia sent. 25 ottobre 2007 in C/174/06) e ciò è stato recentemente confermato dalla nota direttiva comunitaria 23/2014 relativa all'aggiudicazione dei contratti di concessione, il cui 15° “considerando” chiarisce 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 aggiudicatrice 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 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.”.

6) Tuttavia ad oggi, nella generalità dei casi, per effetto delle proroghe legislative e della mancanza dei “Testimoniali di Stato” ai fini dell’incameramento, ad oggi non si è ancora verificata quella “soluzione di continuità” del rapporto concessorio che in applicazione all’art.49 cod. nav, determinerebbe la estinzione senza indennizzo dei diritti del concessionario con la conseguente perdita, non solo della proprietà superficaria che accedrebbe al suolo demaniale (il c.d. “incameramento”), ma anche della relativa proprietà commerciale dell’azienda da esso creata. Ciò poiché il già ricordato “diritto vivente” formatosi ad opera della più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato ha già chiarito che *“il principio dell’accessione gratuita – fortemente penalizzante per il diritto dei superficiari e per gli investimenti, che potrebbero contribuire alla valorizzazione del demanio marittimo – dovrebbe ritenersi disposizione eccezionale e di stretta interpretazione, con riferimento all’effettiva cessazione – e non alla mera scadenza – del rapporto concessorio, per la comprensibile esigenza di assicurare, in tal caso, che le opere “non amovibili”, destinate a restare sul territorio e ad essere rimosse con inevitabile distruzione, tornino nella piena disponibilità dell’ente proprietario del suolo, a fini di corretta gestione di quest’ultimo (quando non più in uso del concessionario) per finalità di interesse pubblico. Detta esigenza non può evidentemente ravvivarsi quando il titolo concessorio preveda, come nel caso in specie, forme di rinnovo automatico o preordinato in precedenza, rispetto alla data di naturale scadenza della concessione, tanto da configurare il rinnovo stesso – al di là del “nomen iuris” – come una vera e propria proroga, protraendosi il medesimo rapporto senza soluzione di continuità (cfr. in tal senso, per il principio Cons. Stato, Sez.VI, 26.5.2010, n.3348). La situazione da ultimo indicata appare ravvisabile nel caso*

in specie, nella segnalata presenza di rinnovi intervenuti esclusivamente ex lege, prima della data di prevista scadenza della concessione: concessione che in nessun momento, pertanto, avrebbe potuto ritenersi “cessata”, con conseguente insussistenza del presupposto applicativo del più volte citato art.49 del codice della navigazione, in conformità alla ratio in precedenza illustrata della norma” (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; da ultimo Sez. VI n. 6043/2019).

7) Ma quella dell’art.49 cod. nav., che il Consiglio di Stato 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, 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, stabilendo che << ogni individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato 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>>. L'art.17 della Carta di Nizza recepisce, dunque 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, come chiarito dall'art.52 di essa e dalla "spiegazione" relativa a tale articolo, che ha lo stesso valore normativo della Carta, la quale chiarisce 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 aggiornata ma, ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 3, questo diritto ha significato a portata identica 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. Nella sentenza Hubert Wachauf, la Corte di Giustizia CE aveva significativamente affermato, in tema di diritto di proprietà, che *<una disciplina comunitario 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. L'applicazione dell'art.49 cod. nav., alla scadenza della concessione contratto impugnata *in parte qua*, 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*. La conferma della ricostruzione qui compiuta si trae dalla sentenza della Corte EDU 23 settembre 2014 “AFFAIRE VALLE PIERIMPIE’ SOCIETA’ AGRICOLA S.P.A. c. ITALIE” secondo cui “*la nozione di <beni> evocata nella prima parte dell’articolo 1 del Protocollo n.1 ha una portata autonoma che non si limita alla proprietà di beni materiali ed è indipendente dalle qualificazioni formali del II diritto interno: anche alcuni altri diritti e interessi che costituiscono degli attivi II diritto interno: anche alcuni altri diritti e interessi che costituiscono degli attivi possono essere considerati <diritti patrimoniali> e dunque <beni> ai fini di questa disposizione. (...) La nozione di beni può ricomprendere sia beni attuali che valori patrimoniali, compresi i crediti, in virtù dei quali il ricorrente può pretendere di avere almeno un’<aspettativa legittima> di ottenere il godimento effettivo di un diritto di proprietà. (...) L’aspettativa legittima di poter continuare a godere del bene deve avere una <base sufficiente di diritto interno>, ad esempio quando è confermata da una giurisprudenza consolidata dei tribunali o quando è fondata su una disposizione legislativa o su un atto legale riguardante l’interesse patrimoniale in questione (...) E’ possibile avere un <bene> nel senso di questa stessa disposizione in caso di revoca di un titolo di proprietà, a condizione che la situazione di fatto e di diritto precedente a questa revoca abbia conferito al ricorrente un’aspettativa legittima, collegata a interessi patrimoniali, sufficientemente importante per costituire un interesse sostanziale tutelato dalla Convenzione.”*

8) E’ opportuno ricordare che questa ricostruzione appare riconfermata proprio dalla c.d. “direttiva servizi” n° 123/2006. Infatti, al 15° considerando di essa servizi si legge: *<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 articolo 43 e 49 del trattato>. Tale considerando impone dunque di compiere un'interpretazione della Direttiva servizi compatibile con i diritti fondamentali riconosciuti dalla c.d. Carta di Nizza (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata il 7 dicembre 2000 e adottata il 12 dicembre 2007) e dalla convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nonché dalle Costituzioni degli Stati membri, cosicché essa non potrà mai determinare quella espropriazione senza indennizzo del compendio dei beni del concessionario che l'applicazione dell'art.49 cod. nav. inevitabilmente determinerebbe, tanto con riferimento alla proprietà commerciale quanto alla proprietà superficiaria. Per quanto non rilevi direttamente è opportuno anche precisare che la stessa Corte di Giustizia sembra escludere l'applicabilità della c.d. "Direttiva Servizi" a rapporti giuridici sorti anteriormente alla scadenza del suo termine di recepimento (28 dicembre 2009), cosicché la vicenda dei concessionari balneari dovrebbe essere insensibile ad essa anche per questa ragione, tenuto conto che le concessioni demaniali qui considerate sono generalmente antecedenti a tale data e da allora non hanno avuto soluzione di continuità. (sent.5 ottobre 2000 in C. 337/98; sent.19 giugno 2008 in C. 454/96). In conclusione, il 15° considerando di essa richiede di procedere all'applicazione della Direttiva in modo che ciò sia compatibile con i diritti fondamentali riconosciuti dalla c.d. Carta di Nizza e tra essi, come già illustrato, il diritto di proprietà. Ciò quindi significa che 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 lato, 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.

9) Inoltre, proprio dalla applicabilità alla vicenda della Direttiva in parola, ne consegue 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, C217/08, 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). Pertanto, dato che la questione in oggetto richiede l'applicazione di un atto dell'Unione europea quale ovviamente è la Direttiva 123/2006, per cui la soluzione della problematica qui esaminata debba essere rinvenuta (anche) nei dicta di tale atto, ciò comporta la corrispondente ed immediata applicabilità di essa dell'art. 17 della Carta di Nizza, con la conseguente possibilità di verificare, alla luce di tale disposizione di rango prevalente, se debba essere disapplicata per contrasto con il diritto dell'Unione la normativa nazionale recata dall'art. 49 cod. nav., secondo il noto criterio introdotto a partire da Corte Cost. 170/1984, ma in realtà la sentenza della Corte Costituzionale n. 20/2019 ha confermato che il sindacato con riferimento alla Corte di Giustizia deve svolgersi in modo accentrato presso essa Corte, ma il legislatore statale potrà ex ante rendere superfluo tale incidente di costituzionalità.

10) Al termine della presente indagine dobbiamo dunque concludere circa la incompatibilità dell'art.49 Cod. Nav. con il diritto sovranazionale direttamente applicabile nei termini sopra precisati, che viene oggi di determinare i corrispondenti ambiti di protezione nazionale del diritto di proprietà ex art. 42 Cost.. Da ciò la incostituzionalità del c.d. “incameramento” senza indennizzo alcuno previsto dall'art.49 cit. tutt'ora vigente. Inoltre, l'anomalia di questa disposizione è stata recentemente messa in luce da una autorevolissima dottrina, la quale ha chiarito che *“se il non indennizzo può spiegarsi con riguardo alle concessioni dei beni, di cui si è fatto uso, e che vengono restituiti nello stato iniziale, tutto diverso è il caso in cui la concessione è di beni connessi ad attività anzi prodromico e funzionale ad un'attività, che ha determinato la realizzazione di impianti sempre utilizzabili e insieme l'insorgere e lo stabilizzarsi di un avviamento. Del resto già nell'ordinamento statutario a fronte di concessioni di beni connessi ad attività era previsto che il concessionario subentrante fosse tenuto a corrispondere un indennizzo al pregresso concessionario: v. ad es. l'art.*

36 legge mineraria 29 luglio 1927 n. 1443 ai sensi del quale “se alla scadenza del termine la miniera sia concessa ad altri, la consegna dall’uno all’altro concessionario deve farsi con l’intervento dell’ingegnere capo del distretto minerario. In caso di disaccordo fra le parti, l’ingegnere suddetto determina provvisoriamente l’ammontare della somma da pagarsi in corrispettivo degli oggetti destinati alla coltivazione, che possano essere separati senza pregiudizio della miniera e che il nuovo concessionario intenda ritenere, la somma deve essere depositata alla Cassa depositi e prestiti. Contro tale liquidazione, gli interessati possono ricorrere all’autorità giudiziaria”. Nello stesso senso è la normativa più recente. Gli esempi sono numerosi: ad es. d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164, di attuazione della direttiva n. 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, a norma dell’art. 41 della legge 17 maggio 1999, n. 144 (v. art. 14, comma 8 (comma sostituito dall’articolo 24, comma 1, del d.lgs. 1° giugno 2011, n. 93): “il nuovo gestore, con riferimento agli investimenti realizzati sugli impianti oggetto di trasferimento di proprietà nei precedenti affidamenti o concessioni, è tenuto a subentrare nelle garanzie e nelle obbligazioni relative ai contratti di finanziamento in essere o ad estinguere queste ultime e a corrispondere una somma al distributore uscente in misura pari al valore di rimborso per gli impianti la cui proprietà è trasferita dal distributore uscente al nuovo gestore”. Come pure il rimborso è previsto per le concessioni a regime¹. Lo stesso Codice della navigazione con riferimento alle concessioni aeroportuali (v. art. 703, comma 5 (comma sostituito dall’art. 15-quinquies, comma 1, del d.l. 16 ottobre 2017, n. 148 con modificazioni in l. 4 dicembre 2017, n. 172) stabilisce nei seguenti termini: “alla scadenza naturale della concessione, il concessionario subentrante ha l’obbligo di corrispondere al concessionario

¹ In tal caso “al termine della durata delle nuove concessioni di distribuzione del gas naturale affidate ai sensi del comma 1, il valore di rimborso al gestore uscente è pari al valore delle immobilizzazioni nette di località del servizio di distribuzione e misura, relativo agli impianti la cui proprietà viene trasferita dal distributore uscente al nuovo gestore, incluse le immobilizzazioni in corso di realizzazione, al netto dei contributi pubblici in conto capitale e dei contributi privati relativi ai cespiti di località, calcolato secondo la metodologia della regolazione tariffaria vigente e sulla base della consistenza degli impianti al momento del trasferimento della proprietà”.

uscite il valore di subentro. Ove non diversamente stabilito nell'atto di concessione, tale valore, per gli immobili e gli impianti fissi insistenti sul sedime aeroportuale e sulle aree ivi ricomprese per intervenuto ampliamento dello stesso sedime aeroportuale, realizzati o acquisiti dal concessionario uscente con proprie risorse, inseriti nel contratto di programma e approvati dall'ENAC, è pari al valore delle opere alla data di subentro, al netto degli ammortamenti e di eventuali contributi pubblici, limitatamente alla quota di detti beni ascritta ai servizi soggetti a regolazione tariffaria rilevabile dalla contabilità analitica regolatoria certificata presentata dal concessionario uscente per l'annualità immediatamente precedente” (G. Morbidelli, “ Sulla incostituzionalità dell’art. 49 cod. nav”, in atti del Convegno di Sestri Levante “In Litore Maris” del 15-16 giugno 2018). Tale dottrina conferma che “non è solo un problema di irragionevolezza. V’è anche un problema di conformità con il principio di proporzionalità e di adeguatezza allo scopo, in quanto previsioni come quella dell’art. 49 cod. nav. impingono sia sul diritto di stabilimento (art. 49 TFUE) sia sulle libertà di prestazione di servizi (art. 56 TFUE). Indicazioni decisive in tal senso provengono dal c.d. caso Laezza². Caso che muoveva dall'articolo 1, comma 78, lettera b), punto 26, della legge di stabilità 2011, ai sensi del quale il contratto di concessione deve obbligatoriamente contenere una clausola recante la previsione “della 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”. E appunto tale cessione non onerosa è stata ritenuta praticabile e corretta nelle ipotesi di decadenza o revoca sanzionatoria, ma non nelle ipotesi di scadenza. Più precisamente “non si può escludere che, nell'ipotesi di decadenza o revoca, a titolo sanzionatorio, del contratto di concessione

² Corte di Giustizia UE, Sez. III, 28 gennaio 2016, n. C-375.

in questione, la cessione a titolo non oneroso, all'ADM o a un altro concessionario, dell'uso dei beni materiali e immateriali che costituiscono la rete di gestione e di raccolta del gioco, abbia un carattere proporzionato. Viceversa, ciò non è necessariamente il caso, quando la cessazione dell'attività avviene per il semplice fatto della scadenza della concessione. Infatti, nell'ipotesi in cui il contratto di concessione, concluso per una durata sensibilmente più breve di quella dei contratti conclusi prima dell'adozione del decreto legge del 2012, giunga alla sua scadenza naturale, il carattere non oneroso di una siffatta cessione forzata pare contrastare con il requisito di proporzionalità, in particolare quando l'obiettivo di continuità dell'attività autorizzata di raccolta di scommesse potrebbe essere conseguito con misure meno vincolanti, quali la cessione forzata, ma a titolo oneroso a prezzi di mercato, dei beni in questione. Come rilevato dall'Avvocato generale nei paragrafi 96 e 97 delle sue conclusioni, spetterà al giudice del rinvio, nel quadro dell'esame della proporzionalità della disposizione in questione nel procedimento principale, tenere anche conto del valore venale dei beni oggetto della cessione forzata. Alla luce dell'insieme di queste considerazioni, occorre risolvere la questione proposta dichiarando che gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che essi ostano a una disposizione nazionale restrittiva, quale quella in questione nel procedimento principale, la quale impone al concessionario di cedere a titolo non oneroso, all'atto della cessazione dell'attività per scadenza del termine della concessione, l'uso dei beni materiali e immateriali di proprietà che costituiscono la rete di gestione e di raccolta del gioco, qualora detta restrizione ecceda quanto è necessario al conseguimento dell'obiettivo effettivamente perseguito da detta disposizione, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare. Il principio non potrebbe essere più chiaro: ed è altrettanto chiaro l'assoluto parallelismo con la situazione dei concessionari di beni del demanio marittimo” (op.cit).

11) In conclusione è da ritenere che l'art. 49 cod. nav. si trovi ad essere in contrasto con gli artt. 3, 42 e 117 Cost. nella parte in cui alla fine della concessione prevede l'avocazione alla mano pubblica di beni aziendali del concessionario con esclusione di qualsiasi ristoro per la perdita così subita, il che è lesivo del diritto di proprietà come desumibile dal formante CEDU, nonché lesivo del principio di proporzionalità di derivazione europea perché si pone in contrasto, oltre che con il principio di ragionevolezza per contrasto con il *tertium comparationis*, con quello di apertura alla concorrenza, secondo la valenza delineata dalla sentenza della Corte giustizia UE nel caso Laezza., cosicché la diretta operatività per i concessionari balneari italiani della Carta di Nizza e della convenzione EDU è fuori discussione.

12) Per ciò che attiene alla disciplina della corresponsione dell'indennizzo a favore del concessionario uscente da parte del subentrante, potrà trarsi spunto dalla legislazione regionale che, compiendo quella che potrebbe definirsi una incostituzionale invasione di campo, era suppletivamente intervenuta in materia. Si tratta della Legge Regionale Toscana n. 31/2016, annullata in *partibus quibus* con la sentenza della Corte Costituzionale n. 157/2017, della Legge della Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia n. 10/2017 annullata con la sentenza della Corte Costituzionale n. 109/2018 e della Legge della Regione Veneto n. 33/2002, di cui alla sentenza della Corte Costituzionale n. 222/2020.

La Corte Costituzionale in queste sentenze, tenuto conto che la perdurante vigenza dell'art. 49 cod. navigazione si oppone al riconoscimento dell'indennizzo a favore del concessionario uscente, ha affermato altresì che la previsione dell'indennizzo ad opera del legislatore regionale integrerebbe altresì una sorta di “barriera all'ingresso” anticoncorrenziale, ma questa conclusione va contestualizzata. Innanzitutto siamo in presenza di un *obiter dictum* contenuto nelle sentenze sopra citate, che non costituisce un capo autonomo di esse, bensì una sorta di argomento rafforzativo della

censura di incompetenza per violazione dell'art. 117 2° comma Cost., rivolta a tutta questa legislazione regionale. Ma nel momento in cui la materia dell'indennizzo troverà una disciplina organica, su tutto il territorio nazionale, da parte del legislatore statale, è evidente che non potrà più parlarsi di barriera all'ingresso infraregionale.

13) Inoltre, il fatto che l'AGCM abbia suggerito di introdurre il riconoscimento dell'indennizzo proprio nella legge annuale sulla concorrenza, sta a fortiori a confermare la piena legittimità di esso, una volta che lo preveda la legislazione esclusiva statale che può disporre della materia e ciò con riferimento alla tutela della concorrenza per il mercato e nel mercato, che compete all'AGCM la quale, ove avesse effettivamente ritenuto di poter configurare l'indennizzo come "barriera all'ingresso" l'avrebbe potuto certamente proporre come soluzione alla questione balneare italiana. Del resto, si è visto come si tratti di un intervento costituzionalmente necessario per evitare che l'incumbent e cioè il concessionario uscente subisca un'espropriazione senza indennizzo del proprio immobile superficario e della propria azienda a beneficio del concessionario subentrante, che se ne approprierebbe gratis.

Avv. Roberto Righi