

**per una riforma delle concessioni balneari rispettosa dei principi europei e unionali in
tema di diritto di proprietà**

I. CAPO - PREMESSA

1. Con il presente scritto si intendono illustrare quegli spazi di tutela che, nella preconizzata riforma settoriale, andranno garantiti alle imprese balneari che sono sorte anteriormente alla dichiarazione del principio di trasparenza (Corte di Giustizia, Sez. VI, 7 dicembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH*, C-324/98, su cui v. §§ 37 e ss. del *memorandum*) e al termine di trasposizione del Direttiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno.
2. Tali imprese sono infatti sorte in un'epoca in cui il diritto interno garantiva loro una durata pluriennale indefinita, con facoltà per il concessionario di domandarne il trasferimento della titolarità stessa non solo mediante atto *inter vivos*, ma anche *mortis causa*. Inoltre, sulla zona demaniale data in concessione all'operatore economico, sono sorti, grazie al diritto di insistenza, diritti di natura superficiaria, oltre che utilità immateriali quali l'avviamento.
3. Si tratta di posizioni giuridiche differenziate meritevoli di protezione sia in base al 1° Protocollo addizionale della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali sia in base all'art. 17 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (c.d. *Carta di Nizza*).
4. La soluzione proposta si connota per l'introduzione di una sorta di doppio binario volto a scongiurare l'ablazione di beni (materiali e immateriali) oggi intestati agli operatori "balneari" e, al contempo, garantire l'apertura del mercato a nuovi operatori.
5. Infatti, secondo la Corte di Giustizia, nel caso in cui dalle procedure di affidamento di concessioni amministrative siano stati esclusi un certo numero di operatori, «tanto una revoca e la redistribuzione precedenti concessioni quanto la messa a concorso di un numero adeguato di nuove concessioni potrebbero essere soluzioni appropriate» (punto 63 della sent. *Placanica* del 6 marzo 2007, in C-338/04, C-359/04 e C-360/04).
6. Entrambe le soluzioni - osserva sempre la Corte di Giustizia nella sent. *Costa e Cifone* (15 febbraio 2012, in C-72/10 e C-77/10) - «sono in linea di principio idonee a rimediare, quanto meno per il futuro, all'esclusione illegittima di alcuni operatori, permettendo a questi ultimi di esercitare la loro attività sul mercato alle stesse condizioni applicabili agli operatori esistenti».
7. Ne consegue che «le autorità nazionali hanno il diritto di scegliere tra le suddette soluzioni in virtù del margine di discrezionalità spettante agli Stati membri» (punto 36 della sent. *Stanley International Betting Ltd* del 22 gennaio 2015, in C-463/13).
8. In siffatta ipotesi il legislatore è soltanto tenuto ad osservare i principi di equivalenza e di effettività

(punto 37 della sent. *Stanley International Betting Ltd*).

9. A seguito della mappatura delle risorse disponibili sarà in effetti dimostrato che la Repubblica Italiana potrà garantire l'accesso alla risorsa demaniale marittima attraverso procedure di affidamento di quelle oggi disponibili, senza necessità di procedere alla revoca/ridistribuzione delle concessioni già affidate.
10. L'apertura del mercato mediante il rilascio di nuove concessioni, oltre ad essere compatibile con il diritto eurounitario, è la sola misura normativa idonea a coniugare l'esigenza di tutela della concorrenza con il principio di salvaguardia dei diritti di proprietà vantati dagli concessionari.
11. La soluzione proposta non si pone in contrasto con i principi dichiarati dalla Corte di Giustizia (Corte di Giustizia, Sez. V, 14 luglio 2016, *Promoimpresa S.r.l. e Melis*, C-458/14 e C-67/15) e condivisi dalle recenti pronunce dell'Adunanza Plenaria del 9 novembre 2021, n. 17 (*Comet S.r.l. / AdSP dello Stretto*) e n. 18 (*Cerreto / Comune di Lecce*).
12. Le suddette pronunce limitano il loro sindacato alla compatibilità con il diritto unionale di regime di proroga dei titoli concessori in essere che non sono stati giustificati dal legislatore statale dall'esigenza di tutelare i diritti di proprietà dei concessionari, nel senso che sarà infra meglio illustrato.

II. CAPO

- **SULL'IRRETROATTIVITÀ DELLE FONTI UNIONALI IN RELAZIONE A FATTISPECIE CONCESSORIE SORTI ANTERIORMENTE ALL'AFFERMAZIONE DEL PRINCIPIO DI TRASPARENZA**

- **SUL CONTRASTO TRA LE FONTI INTERNE, CHE HANNO SOPPRESSO DIRITTO DI INSISTENZA E REGOLA DEL RINNOVO AUTOMATICO, CON IL PRINCIPIO AFFERMATO DALLA CORTE DI GIUSTIZIA SECONDO CUI LO *IUS SUPERVENIENS* UNIONALE NON È APPLICABILE AI RAPPORTI PLURIENNALI SORTI ANTERIORMENTE ALL'AFFERMAZIONE DEL PRINCIPIO DI TRASPARENZA.**

A. Sull'incompatibilità rispetto al diritto primario dell'Unione di proroghe legali delle concessioni in essere automatiche e indiscriminate. La sentenza *Promoimpresa*.

13. Nella lettera del 2 febbraio 2009 (rif. SG(2009) D/00491), con cui è stata aperta la procedura di infrazione n. 2008/4908, la Commissione ha sostenuto che la disciplina sui rinnovi delle concessioni demaniali marittime fosse in contrasto con i principi desumibili dal diritto primario dell'Unione di libertà di stabilimento (art. 49 TFUE) e di libera prestazione dei servizi (art. 56 TFUE).
14. Investita delle medesime questioni dal T.A.R. Lombardia (sent. n. 2401 del 26 settembre 2014), la

Corte di Giustizia (cfr. punti 58-74 della sent. *Promoimpresa*) si è pronunciata sulla compatibilità della proroga *ex lege* al 2015 con i 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).

15. In proposito la Corte di Giustizia ha osservato 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».
16. Per tale ragione, indipendentemente dal 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*).
17. 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».
18. Soltanto 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*).
19. Al **punto 71** della sent. *Promoimpresa* viene invero osservato che la proroga di titoli concessori per consentire ai concessionari di ammortizzare i loro investimenti, costituisce una deroga legittima al principio di parità di trattamento, in quanto giustificata da motivi di imperativi di interesse generale e cioè dalla necessità di rispettare il principio della certezza del diritto.
20. Per tale ragione **al punto 72** della sent. *Promoimpresa* viene dichiarato che la **risoluzione di un concessione-contratto**, ove sia sorto anteriormente all'affermazione del principio secondo cui i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo avrebbero essere soggetti a obblighi di trasparenza, debba essere «corredata di un periodo transitorio che permetta alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili, in particolare, dal punto di vista economico».

21. Secondo la medesima Corte (cfr. punto 73 della sent. *Promoimpresa*), tuttavia, detto principio non potrebbe essere invocato per far salve concessioni rilasciate successivamente all'affermazione da parte del Giudice eurounitario del principio secondo cui i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo debbano essere soggetti a obblighi di trasparenza.
- B. (segue): sulla contrarietà dell'automatismo dei rinnovi delle concessioni demaniali marittime all'art. 12 della Direttiva Servizi.**
22. Nella sent. *Promoimpresa* la Corte di Giustizia ha osservato che le concessioni demaniali marittime possono essere qualificate come autorizzazioni, ai sensi dell'art. 4, punto 6°, della Direttiva 2006/123/CE. 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*).
23. Oggetto dell'autorizzazione - viene osservato dalla Corte - 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 (punto 45° della sent. *Promoimpresa*).
24. Dal momento che le concessioni demaniali marittime sono autorizzazioni riguardanti risorse naturali, secondo la Corte di Giustizia trova allora applicazione il 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.
25. Trovando applicazione l'art. 12, paragrafo 1, della Direttiva 2006/123/CE, secondo 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*).
26. 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.
27. Siffatto contrasto - osserva la Corte - non potrebbe giustificarsi nemmeno invocando il principio del rispetto del legittimo affidamento. Anche a voler ricondurre la tutela dell'affidamento tra i motivi di interesse generale che possono legittimare deroghe al principio di concorsualità recato

dall'art. 12 Direttiva 2006/123/CE, 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 appunto dal paragrafo 2° dell'art. 12 Direttiva 2006/123/CE (cfr. punto 55 sent. *Promoimpresa*).

28. 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».

C. Sulla procedura di infrazione n. 2020/4118 – C(2020)7826 e le sentenze *Comet S.r.l.* e *Cerreto dell'Adunanza Plenaria*.

29. I principi dichiarati dalla sentenza *Promoimpresa* sono stati invocati dalla Commissione Europea nella comunicazione con cui è stato dato avvio alla procedura di infrazione ex art. 258 TFUE (nota del 3 dicembre 2020, prot. n. 2020/4118 C(2020)7826) e della Adunanza Plenaria (sentenze n. 17 e n. 18 del 9 dicembre 2021) con riferimento al regime di proroga di cui ai commi 682 e 683 dell'art. 1 legge 30 dicembre 2018, n. 145.

30. Con riferimento ai citati commi 682-683 a pagina 8 della letta di messa in mora del 3 dicembre 2020 si legge con riferimento al contrasto di tali previsioni rispetto all'art. 49 TFUE:

«Queste disposizioni sono di natura generale e assoluta e non tengono conto né delle specificità locali (ad esempio non vi è alcuna disposizione che limiti tali proroghe alle zone in cui le risorse non sono limitate) né di eventuali valutazioni effettuate nel contesto delle attività di mappatura e di revisione svolte a norma dei commi 677 e 678 della legge di bilancio. La Commissione ritiene pertanto che la legislazione nazionale in questione inevitabilmente riguardi concessioni aventi ad oggetto risorse che devono essere considerate scarse in base ai criteri stabiliti dall'articolo 12 della DS e specificati nella sentenza della CGUE. Inoltre, la legislazione nazionale in questione non distingue tra situazioni in cui esiste un interesse transfrontaliero certo e situazioni in cui tale interesse non esiste, per cui ha ad oggetto anche situazioni che rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 49 TFUE».

31. Con riferimento al contrasto dei richiamati commi 682-683 con l'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE si legge nella nota del 3 dicembre 2020:

«le proroghe di cui ai commi 682 e 683 della legge di bilancio, ulteriormente estese dall'articolo 100 del decreto-legge n. 104/2020, comportano una proroga automatica di lunga durata indistintamente applicabile a tutte le concessioni vigenti, a prescindere dalla formulazione leggermente diversa dei due commi. Inoltre tali proroghe sono del tutto estranee a qualunque attività di mappatura e

revisione, comprese le attività infine effettuate a norma dei commi 677 e 678, e sono legate unicamente a una concessione vigente al momento dell'adozione della legislazione in questione o di quella adottata nel 2009. Deve essere pertanto esclusa qualunque considerazione legata a motivi imperativi di interesse generale di cui all'articolo 12, paragrafo 3, della DS, in quanto l'intervento in questione proroga ulteriormente le concessioni vigenti senza una procedura di selezione e preclude qualunque valutazione del singolo caso fondata su criteri di trasparenza, imparzialità e pubblicità».

32. Così pure l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenze n. 17 e n. 18 del 9 dicembre 2021, ha affermato il contrasto dell'art. 1, commi 682 e 683, legge n. 145 del 2018, che dispone la proroga automatica e generalizzata fino al 31 dicembre 2033 delle concessioni demaniali in essere, con norme dell'Unione europea direttamente applicabili. Infatti, «il diritto dell'Unione impone che il rilascio o il rinnovo delle concessioni demaniali marittime (o lacuali o fluviali) avvenga all'esito di una procedura di evidenza pubblica, con conseguente incompatibilità della disciplina nazionale che prevede la proroga automatica ex lege fino al 31 dicembre 2033 delle concessioni in essere» (punto 14 della sent. n. 18/2021, *Cerreto / Comune di Lecce*).

D. Sulla necessità di un trattamento differenziato delle concessioni demaniali marittime in relazione all'epoca in cui è sorto il rapporto concessorio.

33. Sia dalla sentenza *Promoimpresa* sia dalle puntuali censure della lettera di infrazione del 3 dicembre 2020 si ricava che il *biasimo comunitario* attinge regimi di proroga indiscriminati; al legislatore resta quindi riservata la facoltà di giustificare le proprie scelte in relazione ai Trattati e al diritto unionale derivato così come interpretati dalla Corte di Giustizia.
34. Dai citati punti della sent. *Promoimpresa* emergono in particolare tre differenti situazioni giuridiche sostanziali, di cui il legislatore dovrà pertanto tener conto in sede di riforma settoriale.
35. Anzitutto, viene in rilievo la **situazione giuridica sostanziale vantata da quanti siano titolari di una concessione demaniale marittima attribuita prima che il formante comunitario avesse affermato l'obbligo di osservare il principio di trasparenza nella procedura di affidamento** nel caso di situazioni presentanti un interesse transfrontaliero certo (sul punto v. altresì gli argomenti spesi nella lettera di messa in mora del 3 dicembre 2020 e citati al § 31 che precede).
36. Detto principio è stato invero enunciato con la sentenza della Corte di Giustizia, Sez. VI, 7 dicembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH, C-324/98*, con riguardo a contratti di concessione di servizi pubblici.
37. Al **punto 60** della sent. *Telaustria* è stato in particolare stabilito che - anche nell'affidamento di concessioni di servizi pubblici - gli enti aggiudicatori sono «tenuti a rispettare i principi fondamentali del Trattato, in generale, e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità,

in particolare». Tale principio - viene osservato al **punto 61** della sent. *Telaustria* - «implica, in particolare, un obbligo di trasparenza al fine di consentire all'amministrazione aggiudicatrice di accertare che il detto principio sia rispettato».

38. Di talché, nel caso di concessioni demaniali marittime attribuite anteriormente alla sent. *Telaustria*, l'affidamento del concessionario è senz'altro meritevole di tutela, non rilevando il fatto che il valore della concessione, al momento in cui venne attribuita, avesse o meno un interesse transfrontaliero certo.
39. In secondo luogo, in base alla sent. *Promoimpresa*, assume rilievo la **situazione giuridica sostanziale di coloro ai quali sia stata attribuita una concessione successivamente alla sent. *Telaustria***. In questa ipotesi, come precisato dalla Grande Sezione della Corte di Giustizia, nel caso di contratti che presentino un **interesse transfrontaliero certo**, «l'affidamento, in mancanza di qualsiasi trasparenza, di tale appalto 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 a tale appalto» (Corte di Giustizia, Grande Sezione, 13 novembre 2007, **Commissione / Irlanda**, C-507/03, punto 30). Ciò in quanto «salvo non sia giustificata da circostanze obiettive, siffatta disparità di trattamento, che, escludendo tutte le imprese aventi sede in un altro Stato membro, opera principalmente a danno di queste ultime, costituisce una discriminazione indiretta in base alla nazionalità, vietata ai sensi degli artt. 43 CE e 49 CE» (punto 31 della sent. *Commissione / Irlanda* cit.).
40. Dunque, nel caso di concessioni demaniali marittime attribuite successivamente alla *Telaustria*, sarà meritevole di tutela soltanto l'affidamento di quanti abbiano acquistato la titolarità di una concessione priva di interesse transfrontaliero certo (sent. *Commissione / Irlanda* in C-507/03).
41. Infine, **nel caso di concessioni attribuite successivamente al 28 dicembre 2009**, termine di trasposizione della Direttiva 2006/123/CE, il loro affidamento non avrebbe potuto che avvenire in ossequio a quanto previsto dall'art. 12 della medesima Direttiva. Ciò in quanto la *Direttiva Servizi* costituisce una fonte di armonizzazione completa a livello dell'Unione Europea.
- E. **(segue): sulla continuità dei rapporti concessori sorti nel vigore del c.d. diritto di insistenza. Loro qualificazione in termini di rapporti pluriennali di durata indefinita. Compatibilità con il diritto primario dell'Unione di rapporti giuridici pluriennali di durata infinita**
42. Al fine di ricondurre i rapporti concessori oggi in essere all'interno dei tre ricordati ambiti temporali occorre premettere un approfondimento sulla natura del rapporto concessorio sorto nel vigore del c.d. diritto di insistenza.
43. In base a precise e concordanti indicazioni del formante nazionale (che assurge a **diritto vivente**)

tale rapporto va qualificato come un rapporto pluriennale, che sotto l'imperio del *diritto di insistenza ex art. 37 cod. nav.*, aveva durata infinita.

44. Secondo il Consiglio di Stato quando il titolo concessorio, “anziché andare in scadenza o essere anzitempo revocato per l'utilizzo improprio dell'area” sia al contrario “rinnovato in modo automatico e senza soluzione di continuità rispetto alla data naturale di scadenza della concessione” il rinnovo stesso va configurato, “al di là del *nomen iuris*”, come “una piena proroga dell'originario rapporto e senza soluzione di continuità” (Cons. St., Sez. VI, 13 gennaio 2022, n. 229, *Nesti / Comune di Isola del Giglio*)
45. Ciò in quanto l'art. 37 cod. nav. e l'art. 10 legge n. 88/2001 eterointegravano il titolo concessorio, introducendo una clausola in virtù della quale lo Stato e poi Regioni o le Amministrazioni da loro subdelegate si obbligavano a non risolvere *sine die* il contratto di concessione.
46. Da qui l'inferenza secondo cui dalle concessioni, affidate nel vigore dell'art. 37 cod. nav. ed anteriormente all'affermazione del principio della c.d. evidenza pubblica comunitaria (sent. *Telaustria*), fosse appunto scaturito un **rapporto concessorio pluriennale di durata indeterminata o infinita**.
47. Ebbene, nella sent. *pressetext Nachrichtenagentur GmbH* (Corte di Giustizia CE, Sez. III, 19 giugno 2008, in C-454/06) è stato osservato che, laddove il diritto comunitario non vieti la conclusione di contratti a tempo indeterminato (punto 74), «una clausola in virtù della quale le parti si obbligino a non risolvere per un determinato periodo di tempo un appalto concluso a tempo indeterminato non può essere a priori considerata illecita sotto il profilo delle norme di diritto comunitario in materia di pubblici appalti» (punto 75). Ciò che rileva, viene osservato sempre nella sent. *pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, è se la conclusione di clausola costituisca una nuova aggiudicazione di appalto, poiché modifica sostanzialmente il contratto originario (punto 76).
48. Nelle **conclusioni rassegnate dall'A.G. Wathelet dell'11 aprile 2013 nella causa *Commissione/Paesi Bassi C-576/2010*** viene inoltre fatto presente che è vero che, nella sent. *pressetext Nachrichtenagentur* (Corte di Giustizia CE, Sez. III, 19 giugno 2008, in C-454/06), la Corte ha dichiarato che «la pratica di concludere un appalto pubblico di servizi a tempo indeterminato è di per se stessa estranea al sistema ed alla finalità delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici». Tuttavia - osserva sempre l'A.G. Wathelet - «tale punto della sentenza non può essere disgiunto da quello seguente, che costituisce la conclusione del ragionamento della Corte. Infatti, in quest'ultimo punto la Corte ha dichiarato che "[t]uttavia, allo stato attuale, **il diritto comunitario non vieta la conclusione di appalti pubblici di servizi a tempo indeterminato**».
49. Secondo l'A.G. Wathelet, **un appalto pubblico a tempo indeterminato** «potrebbe avere, nel

lungo periodo, l'effetto di ostacolare la libera concorrenza fra prestatori potenziali ed impedire l'applicazione delle disposizioni delle direttive dell'Unione che garantiscono la pubblicità delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici» (punto 137). Tuttavia, osserva l'A.G. Wathelet che non è ricompreso nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/18 il negozio che accordi a un operatore economico non una concessione a tempo indeterminato «bensì la proprietà dei terreni e delle future opere» (punto 141). In questa ipotesi, infatti, **l'operatore economico «gode quindi non di un diritto di durata indeterminata, bensì di un diritto di "durata infinita"»** (punto 141).

50. In altri termini, dalla ricordata sent. *pressetext Nachrichtenagentur GmbH* (cfr. punti 73-76) si ricava che, sebbene la pratica di concludere un contratto di diritto pubblico a tempo indeterminato possa impedire la concorrenza tra prestatori di servizi, tale pratica non possa *a priori* essere considerata illecita sotto il profilo del diritto dell'Unione.
51. In conclusione, fintantoché il diritto dell'Unione non lo vieti, debbono ritenersi compatibili con tale ordinamento il mantenimento di rapporti giuridici pluriennali a durata indeterminata, che contemplino clausole di preventiva rinuncia alla risoluzione del contratto stesso. Ciò a condizione che i plurimi rinnovi del contratto non comportino variazioni sostanziali di tale contratto. Soltanto in quest'ultimo in caso il rinnovo del contratto comporterebbe infatti un nuovo affidamento, il quale dovrebbe essere soggetto all'osservanza dei principi di trasparenza desumibili dal diritto primario dell'Unione (v. anche punto 63 delle conclusioni dell'A.G. Nial Fennelly del 2 aprile 1998 in C-76/97 *Tögel*, nonché punti 44 e 46 della sent. Commissione c. Francia in C-337/98 del 5 ottobre 2000).

F. (segue): dalla sentenza *Tögel* alla sentenza *Nesti*.

52. Appena sopra si è osservato che Trattati e diritto comunitario derivato non sono applicabili alle fattispecie sorte anteriormente al termine di trasposizione dello stesso da parte degli Stati membri.
53. Al punto 54 della **sent. *Tögel*** la Sezione VI della Corte di Giustizia ha in particolare affermato il seguente principio: «il diritto comunitario non impone ad un'amministrazione aggiudicatrice di uno Stato membro di intervenire, su domanda di un singolo, in rapporti giuridici in essere, instaurati a tempo indeterminato o con durata pluriennale, qualora tali rapporti siano stati posti in essere prima della scadenza del termine di trasposizione della direttiva 92/50» (Corte di Giustizia, Sez. VI, 24 settembre 1998, *Tögel*, C-76/97; nello stesso senso v. Corte di Giustizia, 5 ottobre 2000, *Commissione / Francia*, C-337/98).
54. La vicenda definita dalla sent. *Tögel* appare emblematica. Infatti, nel **1984** un ente previdenziale austriaco stipulava un contratto quadro con operatori nel mercato del trasporto di malati (tra cui la Croce Rossa austriaca). In base agli accordi intercorsi le tariffe fissate nel contratto quadro

sarebbero state sottoposte a revisione annuale. La durata del contratto quadro era indeterminata. Nel 1996, dopo cioè la scadenza del termine di trasposizione della Direttiva 92/50, tale Tögel, ottenuta la licenza per esercitare l'attività di locazione di autovetture per il trasporto di malati, domandava al medesimo ente previdenziale austriaco convenzionato con la Croce Rossa di stipulare un contratto analogo. L'ente previdenziale rigettava tuttavia tale richiesta adducendo come motivazione il fatto che i contratti quadro già in essere soddisfacessero le necessità. Al che Tögel ricorreva al Giudice Amministrativo austriaco lamentando che l'affidamento dell'appalto de quo avrebbe dovuto avvenire mediante una procedura d'appalto aperta ex direttiva 92/50.

55. Secondo la Corte di Giustizia - ritenuto che i rapporti giuridici intercorrenti tra l'ente previdenziale interpellato da Tögel e la Croce Rossa fossero rapporti instaurati a tempo indeterminato o con durata pluriennale - va escluso che l'amministrazione aggiudicatrice avesse l'obbligo di intervenire, su domanda di un singolo, in rapporti giuridici di tale natura, siccome sorti anteriormente alla scadenza del termine di trasposizione della direttiva comunitaria invocata da Tögel e cioè la dir. n. 92/50 (v. punto 54).
56. Di talché, a giudizio della Corte di Giustizia la decisione di avvalersi di un procedimento negoziato senza preventiva indizione di una gara non può ritenersi incompatibile con il diritto comunitario se sorto anteriormente al termine di trasposizione della direttiva regolatrice del mercato rilevante nel settore oggetto di tale procedimento negoziato (sent. *Tögel*, punti 52-54).
57. Né - viene osservato dall'A.G. Fennelly nelle conclusioni del 2 aprile 1998 rese nella causa *Tögel* - potrebbe sostenersi che la normativa comunitaria armonizzata, segnatamente la direttiva n. 92/50, sia applicabile retroattivamente una volta trasposta. Ciò sarebbe infatti contrario con il principio di certezza del diritto (cfr. conclusioni A.G. Fennelly cit., punti 59-63).
58. Al punto 61 delle proprie conclusioni l'A.G. Fennelly ricorda infatti che «normalmente il principio della certezza del diritto osta a che l'efficacia nel tempo di un atto comunitario decorra da una data anteriore alla sua pubblicazione, benché una deroga sia possibile, in via eccezionale, qualora lo esiga lo scopo da raggiungere e purché il legittimo affidamento degli interessati sia debitamente rispettato».
59. Sempre al punto 61 delle citate conclusioni dell'A.G. Fennelly viene osservato che, in mancanza di una chiara disposizione di legge, gli effetti della fonte comunitaria non possono essere retroattivi. Dal momento che la direttiva n. 92/50 fa riferimento alle procedure e a criteri di aggiudicazione, dal che va inferito, secondo l'A.G. Fennelly, che «i contratti in vigore, già aggiudicati e stipulati, restano, in linea di principio, salvi» (punto 61 cit.).
60. In linea di principio - viene osservato al punto 63 delle conclusioni dell'A.G. Fennelly - continuano ad applicarsi le fonti nazionali tutte le volte in cui vengano in rilievo contratti stipulati anteriormente

alla data di trasposizione di una direttiva comunitaria armonizzate. E ciò anche nel caso in cui clausole del contratto siano soggette a modificazioni periodiche. Infatti, secondo l'A.G. Fennelly, «se il rapporto tra le parti contraenti è stabile e vincolante secondo il diritto nazionale, di modo che anche le variazioni di prezzo e delle altre clausole avvengono nel contesto di un singolo contratto che continua ad essere in vigore, allora la *Direttiva servizi* non incide su tale rapporto».

61. **I principi enunciati dalla sent. *Tögel* sono stati in seguito ribaditi dalla Corte di Giustizia nella sentenza 5 ottobre 2000, *Commissione c. Francia*, C-337/98, venendo estesa l'applicazione di tali principi «a tutte le fasi di un procedimento di aggiudicazione di un appalto che sono state sì espletate prima della data di scadenza del termine di trasposizione di una direttiva, ma fanno però parte di un procedimento che è terminato dopo tale data».**
62. **Tali principi sono stati recentemente fatti propri dalla Sezione VI del Consiglio di Stato, la quale ha espressamente affermato “l’inapplicabilità della Direttiva Servizi ai rapporti concessori sorti anteriormente al termine di trasposizione della stessa” (punto 6 della *Cons. St., Sez. VI, 13 gennaio 2022, n. 229, Nesti*). A sostegno di tale conclusione la Sezione VI ha richiamato proprio il rammentato punto 54 della sent. *Tögel* (su cui il § 53 del presente *memorandum*).**

G. Conclusioni in tema di regime differenziato.

63. Dalla citata rassegna della giurisprudenza del Giudice unionale dobbiamo inferire la legittimità – *rectius* la doverosità del trattamento normativo differenziato che dovrà essere contemplato.
64. In particolare, con riferimento ai rapporti concessori sorti anteriormente alla sentenza sent. *Telaustria Verlags* (Corte di Giustizia, Sez. VI, 7 dicembre 2000, C-324/98), potrà essere affermata la stabilità dei medesimi rapporti.
65. Nel caso di rapporti concessori sorti successivamente alla ridetta sentenza sent. *Telaustria Verlags* la stabilità del rapporto andrà subordinata alla verifica caso per caso dell’interesse transfrontaliero certo.
66. Nel caso infine di rapporti concessori sorti successivamente al 28 dicembre 2009 (termine ultimo per la trasposizione della Direttiva 2006/123/CE) la revoca dei titoli concessori in essere andrà subordinata alla dimostrazione della scarsità delle risorse disponibili e, nel caso di dimostrazione di tale scarsità, nella rilevanza transfrontaliera delle attività insediabili sul demanio marittimo e comunque alla corresponsione di un congruo indennizzo ai concessionari uscenti ex art. 21 *quinquies* della L. 241/1990 ed ex art. 17 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea.

III. CAPO

– SULLA NECESSITÀ DI SCONGIURARE L’ABLAZIONE DI UTILITÀ MATERIALI E IMMATERIALI CHE APPARTENGONO AGLI ATTUALI CONCESSIONARI E CHE SONO TUTELATI SIA DAL 1°

PROTOCOLLO ADDIZIONALE ALLA CEDU, SIA DALL'ART. 17 DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA

H. Sulla realtà della relazione oggi esistente tra operatori balneari e le loro imprese insistenti sul demanio marittimo.

67. La necessità del trattamento differenziato da parte della futura legislazione esclusiva dello Stato in materia si impone sotto un'ulteriore prospettiva.
68. Non può infatti ammettersi che le utilità materiali e immateriali che, oggi, ineriscono all'impresa balnare siano ablate dallo Stato in difetto di una causa di pubblica utilità.
69. Al punto 6.4 della citata sent. *Nesti* è osservato che «le opere realizzate dai concessionari sulla superficie demaniale sono, ai sensi dell'art. 952 c.c., d'esclusiva proprietà privata c.d. superficaria fino al momento dell'effettiva scadenza o revoca anticipata della concessione» (Cons. St., Sez. VI, 13 gennaio 2022, n. 229, *Nesti*).
70. Secondo la Sezione VI del Consiglio di Stato ai manufatti che ricadono sul sedime demaniale va riconosciuta *per esclusione* **«da qualificazione di cose immobili di proprietà privata fino a tutta la durata della concessione, evidentemente in forza di un implicito diritto di superficie»** (Consiglio di Stato, sez. VI, 13 giugno 2013, n. 3308; nello stesso senso v. i precedenti della **Sezione VI del Consiglio di Stato** sentenza n. 6043 del 2 settembre 2019; sentenza n. 3196 del 10 giugno 2013; sentenza n. 626 del 1° febbraio 2013; sentenza n. 3348 del 26 maggio 2010).
71. Tale orientamento assurge a diritto vivente e può ritenersi costituzionalizzato. Al punto 6.6 della sent. *Nesti* viene infatti ricordato che, anche secondo la Corte Costituzionale, «al fine di stabilire la proprietà statale dei beni di difficile rimozione edificati su suolo demaniale marittimo in concessione, è determinante la scadenza della concessione, essendo questo il momento in cui il bene realizzato dal concessionario acquista la qualità demaniale» (Corte costituzionale sentenza n. 29 del 2017).
72. Il provvedimento concessorio produce insomma effetti costitutivi di diritti in capo al concessionario che acquistano la consistenza di veri e propri diritti reali. Grazie al titolo concessorio il privato può insediare un complesso di beni e opere sull'area demaniale ed utilizzarli per l'esercizio di una delle attività ivi consentite.
73. Tali diritti non possono perciò essere conculcati nell'applicazione del diritto unionale. Essi, proprio alla luce del diritto europeo e unionale, sono meritevoli di protezione. La loro tutela andrà quindi bilanciata con l'esigenza di aprire il mercato rilevante a nuovi operatori.

I. Sulla doverosità di protezione dei diritti sorti in capo al concessionario alla luce del formante della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

74. Il Primo Protocollo addizionale alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo

e delle libertà fondamentali, firmato a Parigi il 20 marzo 1952, stabilisce all'art. 1 (“*Protezione della proprietà*”) che «ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale».

75. Nella **decisione della Corte EDU del 12 dicembre 2002, *Wittek c. Germania***, §§ da 43 a 46, relativa all'art. 1 del Primo Protocollo Addizionale, è stato affermato che diritti di uso o di usufrutto su un bene immobile altrui devono essere considerati come «beni» che possono beneficiare della protezione garantita da detto art. 1.
76. Nella **decisione della Corte EDU del 23 settembre 2014, *Valle Pierimpiè Società Agricola S.p.a. c. Italia***, è stato osservato al § 46 che una concessione attributiva di diritti sfruttamento di beni demaniali assurge a «bene» meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1 del 1° Protocollo Addizionale ove la situazione di fatto e di diritto che scaturisce dal titolo concessorio abbia conferito al titolare della concessione un'aspettativa legittima, collegata a interessi patrimoniali, sufficientemente importante per costituire un interesse sostanziale tutelato dalla Convenzione EDU.
77. Al § 49 della sentenza *Valli Pierimpiè* è stato altresì osservato che l'aspettativa legittima del titolare di un «bene» può fondarsi sulla prassi esistente da lunga data e nella tolleranza da parte dei pubblici poteri di un possesso e di un utilizzo continui di tali beni.
78. Tali decisioni sono significative, in quanto da esse dobbiamo ricavare che anche il concessionario di beni demaniali, nel vigore dell'art. 37 cod. nav., vantasse una aspettativa, legalmente riconosciuta, al rinnovo del rapporto concessorio per numerosi anni.
79. In altri termini dall'art. 37 cod. nav. sorgeva un diritto di insistenza riconoscibile come “bene” ai sensi del citato 1° Protocollo addizionale.
80. Del resto anche la Corte di Giustizia, nella sent. *Promoimpresa*, ha affermato la fondamentale *regula iuris* secondo cui sono giustificate proroghe delle concessioni in essere tutte le volte in cui il concessionario dimostri «che il titolare dell'autorizzazione poteva legittimamente aspettarsi il rinnovo della propria autorizzazione e ha effettuato i relativi investimenti» (punto 56 della sentenza *Promoimpresa*).
81. Non può sfuggire, anche ad una prima lettura della sentenza della Corte, che – ai punti da 52 a 56 - essa legittimi un meccanismo di tutela per i concessionari uscenti, la cui attuazione è rimessa al legislatore statale, data l'afferenza della materia alla tutela della concorrenza ed all'ordinamento civile (ex art.117, 2° comma, lett. e) ed l) Cost.).
82. Anche dalla sentenza *Promoimpresa* si ricava cioè uno spazio riservato al legislatore nazionale di tutela del legittimo affidamento a favore dei concessionari uscenti.
83. La Corte di Giustizia ha così mostrato di pensarla diversamente dalla Commissione Europea con

riferimento al dovere di protezione, che ovviamente è relativo e non può essere assolutizzato, dell'operatore "incumbent".

J. (segue): principio di neutralità dei Trattati in tema di proprietà privata e doverosità del rispetto dei diritti fondamentali attribuiti dalla Carta di Nizza.

84. La necessità di fornire un'applicazione della Direttiva Servizi rispettosa dei diritti fondamentali scaturisce dal **15° considerando della medesima Direttiva**, il quale prevede 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».
85. Ebbene, ai sensi dell'**art. 345 TFUE**, «i Trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri».
86. Secondo la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia tale previsione esprime «il principio della neutralità dei Trattati rispetto al regime di proprietà negli Stati membri» (v., in tal senso, Corte di Giustizia, Grande Sezione, 6 marzo 2018, «*SEGRO*» *Kft e Günther Horváth*, C-52/16 e C-113/16, punto 51).
87. Dal che dobbiamo ricavare che le fonti statali siano libere, proprio alla luce dei Trattati, di regolare il regime dominicale dei beni (materiali e immateriali) del concessionario.
88. In secondo luogo, **dall'applicazione del diritto unionale non potrebbe giammai conseguire l'ablazione di beni privati alla mano pubblica in difetto di causa di utilità.**
89. Al punto 19 della **sentenza del 13 luglio 1989, Wachauf, C-5/88**, la Corte di Giustizia ha osservato che «una disciplina comunitaria che avesse per effetto di spogliare l'affittuario, alla scadenza del contratto di affitto, del frutto 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. Poiché dette esigenze vincolano parimenti gli Stati membri quando essi danno esecuzione alle discipline comunitarie di cui trattasi, questi sono comunque tenuti, per quanto possibile, ad applicare tali discipline nel rispetto delle esigenze ricordate».
90. Tale decisione è evidentemente significativa perché anche nel caso delle concessioni demaniali marittime il rapporto concessorio è riconducibile allo schema della locazione: cfr. **punto 34 della sentenza del 25 ottobre 2007, COGEP S.r.l., C-174/06**, nel quale con riferimento alla concessione di zone demaniali, è stato osservato che 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». Nella **sent. Fonden Marselisborg** (Corte Giustizia, 3.3.2005, C-428/02) è stato altresì affermato che rientra nella nozione di locazione di beni immobili anche «la locazione di posti previsti per l'ormeggio d'imbarcazioni nonché di posti barca a terra per il rimessaggio di tali imbarcazioni nell'area portuale» (punto 36).

91. **L'ablazione di beni privati per ragioni pro-concorrenziali è inoltre contraria all'art. 17 della Carta di Nizza.**
92. Il comma 1° dell'art. 17 ("*Diritto di proprietà*") della c.d. Carta di Nizza prevede espressamente 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 nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale».
93. Nella **sentenza della Corte di Giustizia del 22 gennaio 2013, Sky Österreich, C-283/11, al punto 34**, è stato osservato che i «beni» di cui all'articolo 17, paragrafo 1, della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea sono tutti i «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 loro titolare».
94. 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).
95. Al fine di stabilire se un bene è protetto ai sensi dell'art. 17 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, occorre verificare se sono soddisfatte due condizioni, ossia, da un lato, se tali diritti abbiano un valore patrimoniale e, dall'altro, se da tali diritti derivi una posizione giuridica acquisita che consenta l'esercizio autonomo dei medesimi da parte e a favore del loro titolare.
96. Ebbene entrambe le condizioni risultano soddisfatte nel caso di concessione demaniale marittima con finalità turistico-ricreativa rilasciata anteriormente al 31 dicembre 2009.
97. Sino alla sua abolizione l'art. 37 cod. nav. ha attribuito al concessionario un controllo parziale di un bene demaniale per numerosi anni; la concessione demaniale marittima ha consentito al suo titolare di servirsi del bene demaniale (*usus*) e di percepirne i redditi (*fructus*), di trasferire la titolarità del bene *mortis causa* o per atto tra vivi (art. 46 cod. nav.), di trasferire a terzi la facoltà di servirsi del medesimo bene demaniale (art. 45-bis cod. nav.).
98. Nello scrutinare la compatibilità della normativa ungherese, che prevedeva l'estinzione *ex lege* di

diritti reali di usufrutto allo spirare di un periodo transitorio (nel 2033 per una curiosa sincronia con la “questione balneare italiana”), la Grande Sezione (sent. 21.5.2019, *Commissione / Ungheria*, C-235/17) ha osservato che la soppressione di un diritto, che si connota per l’esercizio di facoltà dominicali (scaturenti dallo “*smembramento*” del diritto di proprietà come nel caso del diritto di usufrutto), si traduce in una privazione “in modo coatto, integrale e definitivo” dei diritti degli usufruttuari a favore dei proprietari del suolo (punto 81).

99. Privazioni del diritto di proprietà ovvero limitazioni al suo esercizio sono però consentite soltanto al ricorrere di cause di pubblico interesse e sempreché venga rispettato il principio di proporzionalità di cui all’art. 52, par. 1, della Carta di Nizza (punti da 86 a 89).
100. **Non possono tuttavia ascriversi tra le ragioni di pubblico interesse “motivi di natura puramente economica”**; detti motivi non potrebbero «costituire ragioni imperative di interesse generale idonee a giustificare una limitazione di una libertà fondamentale garantita dal Trattato» (sent. *Commissione / Ungheria*, punto 121).

Avv. Roberto Righi

Avv. Ettore Nesi