



STUDIO LEGALE ASSOCIATO
PAOLINI & NESI

50129 FIRENZE, VIA F. PUCCINOTTI 30
TEL. 055.485069 - FAX 055.492210

AVV. FRANCESCO PAOLINI

AVV. ETTORE NESI

Firenze, 12 marzo 2015

Spett.le
CNA Balneatori
c.a. **Presidente Nazionale**
Egr. Dott. Cristiano Tomei
e-mail: cristianotomei@cnabalneatori.it

Oggetto: Memorandum sulla questione balneare italiana (ns. rif. 496)

ABSTRACT

(§ 1) La concessione di beni demaniali marittimi non è una concessione di servizi, né una autorizzazione all'esercizio di attività economiche, bensì la concessione di un bene pubblico privo di autonome capacità produttive. Oggetto della concessione è un ambito spaziale e non un'attività economico-commerciale. L'affidamento di beni demaniali marittimi non configura perciò l'affidamento di un servizio pubblico (cfr. Cons. St., Sez. VI, 21 maggio 2014, n. 2620; id. 22 novembre 2013, n. 5532).

(§ 2) Il concessionario di beni demaniali marittimi è titolare di un vero e proprio diritto reale superficario, che si conserva nel patrimonio del ridetto concessionario fintantoché la concessione venga rinnovata senza soluzione di continuità.

(§ 3) Le concessioni di beni pubblici, in base al formante normativo e giurisprudenziale comunitario, vanno ricondotte nel novero delle locazioni di beni immobili (Sezione II della Corte di Giustizia CE, nella sentenza 25 ottobre 2007, causa C-174/06, COGEP S.r.l.) e sono espressamente escluse dall'ambito di applicabilità delle concessioni di servizi e delle autorizzazioni all'esercizio di attività economiche (cfr. considerando 14° e 15° della Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione n. 2014/23/UE del 26 febbraio 2014). Altro è l'affidamento di un bene pubblico, altro è l'autorizzazione all'esercizio su tale bene di una determinata attività.

(§ 4) I principi comunitari in tema di tutela della concorrenza e diritto di stabilimento non ostano a che tra P.A. e operatori economici intercorrano accordi che attribuiscono all'operatore economico un diritto di proprietà di durata infinta sulle opere realizzate in costanza del rapporto convenzionale.

(§ 5) Il diritto comunitario non osta a che vengano instaurati rapporti giuridici a tempo indeterminato o con durata pluriennale, fintantoché il diritto comunitario derivato non affermi esplicitamente la contrarietà di tali rapporti con i Trattati.

(§ 6) Quand'anche si ritenesse applicabile la Direttiva servizi agli affidamenti di beni pubblici demaniali, nondimeno la stessa non potrebbe applicarsi ai rapporti venuti in essere anteriormente al suo recepimento. nella causa C-337/98 Commissione / Francia, la Corte di Giustizia ha infatti affermato che «il diritto comunitario non impone a un'amministrazione aggiudicatrice di uno Stato membro di intervenire, su domanda di un singolo, in rapporti giuridici esistenti, 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».

(§ 7) *La Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali e la Carta di Nizza tutelano la proprietà, intesa non solo come diritto reale, ma quale titolarità di utilità economiche lato sensu intese. I diritti fondamentali non possono essere conculcati dalla Direttiva Servizi, così come espressamente previsto dal 15° considerando della ridetta Direttiva.*

(§ 8) *All'esito del periodo transitorio (2020), laddove gli stabilimenti balneari fossero oggetto di aste pubbliche, i concessionari uscenti non potrebbero che essere indennizzati della perdita economica (Corte di Giustizia CE sent. Hubert Wachauf; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo Valle Pierimpìè Soc. Agricola S.p.a. c. Italia); pretendere che tale indennizzo sia escluso dall'art. 49 cod. nav., pone semmai la questione di legittimità costituzionale di tale disposizione sia in relazione all'art. 42 Cost., sia in relazione all'117 Cost.*

1. La concessione di bene demaniale marittimo non ha per oggetto un bene produttivo, ma un ambito spaziale (M.S. GIANNINI).

In limine, va premesso che, secondo la migliore Dottrina (GIANNINI), le concessioni di beni appartenenti al demanio marittimo non hanno le caratteristiche di concessioni di produzione, come ad es. le concessioni minerarie o quelle di derivazione idrica. In ipotesi di **concessione di produzione** - osserva l'A. - ciò che rileva «non è il bene in sé, quanto l'uso del bene a fini produttivi» (*I beni pubblici*, Roma, 1963, p. 115 e ss.); in altri termini oggetto della concessione è il mezzo di produzione industriale, «oggetto della concessione essendo la produzione» (*op. cit.*, p. 117). Nel caso di **concessione di beni appartenenti al demanio marittimo** si attua invece una vera e propria concessione di beni, ove il bene va «inteso quale ambito spaziale dell'attività del concessionario, ossia come cosa» (*op. cit.*, p. 118). In questi casi, osserva sempre GIANNINI, **il pubblico interesse «attiene all'esercizio di queste attività dei privati, non alle attività in quanto tali»** (*op. cit.*, p. 118). Nell'ipotesi di concessioni di beni in senso stretto non assume quindi rilievo che il bene venga destinato ad una peculiare attività. La superficie demaniale potrebbe essere ad esempio destinata ad attività turistico-ricreative (stabilimenti balneari, ristoranti etc.) o a attività industriali, ma ognuna delle suddette utilizzazioni particolari potrebbe essere ritenuta dall'Autorità concedente convergente con l'interesse pubblico generale.

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

Ed ancora la Sezione VI ha espressamente escluso che la gestione di stabilimenti balneari possa annoverarsi tra i servizi pubblici locali (cfr. **Cons. St., Sez. VI, 22 novembre 2013, n. 5532**). Viene infatti osservato che, con riguardo alla gestione degli stabilimenti balneari, manca «la rilevanza di un effetto generalizzato sull'assetto della

comunità a soddisfacimento di una sua esigenza collettiva, con obblighi connessi», nonché manca «in correlazione l'elemento del pagamento di una tariffa in senso proprio, quale misura determinata dall'ente locale in corrispettivo di un servizio, che, in quanto imposta come obbligo al gestore, è indice della natura pubblica del servizio pur se erogato da un soggetto privato» (sent. n. 5532/2013 cit.).

2. Il concessionario di un bene demaniale marittimo è titolare di un vero e proprio diritto di proprietà superficaria. Le opere e le aziende che incidono sul demanio marittimo sono di proprietà dei concessionari.

2.1. In virtù delle concessioni demaniali marittime, il concessionario non consegue soltanto la facoltà di stabilire sul bene pubblico beni di facile rimozione (ombrelloni, lettini etc.), ma sovente manufatti inamovibili e altri di carattere non precario (pur qualificati come amovibili), perché stabilmente infissi al suolo. Diversamente dalla **concessione di stallo su area pubblica finalizzata al commercio**, la quale ha una durata oraria limitata, così da obbligare il concessionario al quotidiano trasloco della propria attività, **nel caso di concessione di demaniale** (marittima o lacuale) al privato viene consentito, per tutta la durata della concessione, di mantenere sul suolo demaniale opere edilizie di natura non precaria e stabilmente infissi al suolo in modo da servire alle esigenze del concessionario per tutta la durata della concessione. **Con la conseguenza che il concessionario acquista così la titolarità di un diritto reale superficario.**

2.2. Nel caso di concessioni demaniali va distinta la proprietà della superficie, che è pubblica e inalienabile, dalla proprietà delle costruzioni che vi insistono e che sono di proprietà dei concessionari. A ben vedere, **la costruzione ed il suolo vengono ad essere oggetto di distinti diritti di proprietà**, venendo a determinarsi una scissione orizzontale dell'assetto dominicale; nel senso che lo Stato mantiene la proprietà del suolo, mentre il concessionario acquista la proprietà superficaria dell'opera sovrastante. Ciò è pacifico per il diritto italiano. Il Consiglio di Stato ha infatti reiteratamente affermato che «il manufatto, invero, nasce come proprietà privata superficaria acquisita a titolo originario dal concessionario del sedime, sebbene il suo diritto sia di durata temporanea e pari a quella della concessione» (**Cons. St., Sez. VI, 13 giugno 2013, n. 3308**; nello stesso senso Cons. St., Sez. VI, sentt. n. 3307 del 13 giugno 2013; n. 3196 del 10 giugno 2013; n. 626 del 1° febbraio 2013).

Recentissimamente il **T.A.R. Toscana** ha affermato che le concessioni attributive della facoltà di occupare un'area demaniale marittima, allo scopo di mantenervi manufatti edilizi, costituiscono in capo al concessionario un vero e proprio diritto di proprietà superficaria, in quanto «il diritto di mantenere una costruzione sul suolo altrui è proprio l'oggetto del diritto di superficie, così come delineato dall'art. 952 cod. civ. (“il proprietario può costituire il diritto di fare e mantenere al di sopra del suolo una costruzione a favore di altri”), con il risultato che **siamo qui in presenza di un atto amministrativo che attribuisce al concessionario il diritto di superficie sugli immobili in considerazione**» (**T.A.R. Toscana, Sez. III, 27 febbraio 2015, n. 328**).

2.3. Ed ancora, sempre con riferimento alle concessioni demaniali a fini turistici, attributive della c.d. concessione *ad aedificandum*, è stato osservato anche dalla giurisprudenza della Cassazione civile che «il diritto del concessionario di uno stabilimento balneare, il quale abbia ricevuto, nell'ambito della concessione demaniale, anche la facoltà di costruire 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, ecc.) 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 o cessazione o estinzione» (Cass., Sez. Trib., **26 gennaio 2007, n. 1718**, nello stesso senso v. altresì Cass., Sez. trib., 20 novembre 2009, n. 24499; Cass., Sez. VI, 18 febbraio 2014, n. 3761).

3. Il diritto comunitario. Le concessioni demaniali esulano dall'ambito di applicazione della direttiva servizi e della direttiva concessioni di servizi.

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

3.2. Dunque, secondo la giurisprudenza della Corte Giustizia U.E., nel caso di affidamenti di beni pubblici demaniali, la causa tipica del rapporto negoziale non è l'attribuzione di un bene produttivo, bensì la concessione della facoltà di godere del bene stesso verso corrispettivo di un prezzo con facoltà *excludendi alios*. In tema di concessioni demaniali marittime, il titolo concessorio attribuisce quindi al privato la facoltà di godere del bene pubblico, ma l'attribuzione di tale bene non comprende *ex se* l'autorizzazione all'esercizio di una specifica attività, nel senso che, in virtù della concessione demaniale, possono essere esercitate attività economiche non sottoposte a limiti di contingente.

3.3. Recentissimamente con **Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, n. 23**, relativa all'aggiudicazione dei contratti di concessione, è stata ulteriormente chiarita la specificità dell'affidamento di beni demaniali, venendo osservato al **14° considerando** che rientrano nella Direttiva n. 2006/123/CE le autorizzazioni o licenze con cui l'Autorità pubblica stabilisce le condizioni per l'esercizio di un'attività economica, mentre al **15° Considerando** è precisato che: **«taluni accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, quali terreni o qualsiasi proprietà pubblica, in particolare nel settore dei porti marittimi o interni o degli aeroporti, mediante i quali lo Stato oppure l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore fissa unicamente le condizioni generali d'uso senza**

*acquisire lavori o servizi specifici, **non dovrebbero configurarsi come concessioni ai sensi della presente direttiva.** Ciò vale di norma per i contratti di locazione di beni o terreni di natura pubblica che generalmente contengono i termini che regolano la presa di possesso da parte del conduttore, la destinazione d'uso del bene immobile, gli obblighi del locatore e del conduttore per quanto riguarda la manutenzione del bene immobile, la durata della locazione e la restituzione del possesso del bene immobile al locatore, il canone e le spese accessorie a carico del conduttore».*

3.4. Per il diritto comunitario **l'affidamento di un bene pubblico non va quindi confuso né con le concessioni di servizi, né con le autorizzazioni o licenze con le quali l'Autorità pubblica stabilisce le condizioni per l'esercizio di un'attività economica.** Quand'anche l'ente aggiudicatore si spinga a regolare la destinazione d'uso del bene o della risorsa pubblica, nondimeno è sempre il concessionario a stabilire quale attività intenderà svolgere utilizzando un bene pubblico e ciò indipendentemente dal fatto che il bene ricada nel demanio o nel patrimonio (indisponibile o disponibile) dello Stato o di altri Enti pubblici.

3.5. La concessione di un bene demaniale marittimo non si atteggia pertanto né come una concessione di servizi (nel senso comunitario del termine), né come una concessione di un bene produttivo. In effetti, soltanto nel caso di concessioni produttive l'affidamento della risorsa pubblica (naturalmente limitata) coincide anche l'autorizzazione all'esercizio dell'attività, esempio tipico sono le concessioni minerarie o quelle di derivazione idrica. Al contrario, **nel caso di affidamento di beni pubblici (demaniali o patrimoniali) non si ha una concessione di un bene produttivo, ma l'affidamento, equiparabile alla concessione di diritto di superficie ovvero ad una locazione di diritto comune, di un bene pubblico, il quale assume ad ambito spaziale dell'attività del concessionario.**

3.6. Dal momento che le concessioni di beni demaniali marittime hanno per oggetto un bene e non un'attività, alle stesse non può applicarsi l'art. 12 della Direttiva Servizi. A ben vedere, **le attività che possono essere esercitate sul bene demaniale non sono infatti soggette ad autorizzazioni contingentate "per via della scarsità delle risorse naturali".**

In proposito è sufficiente richiamare il catalogo delle attività c.d. turistico-ricreative di cui all'art. 01 D.L. 5 ottobre 1993, n. 400 conv. in legge 4 dicembre 1993, n. 494. Nessun contingente "geografico" sussiste per gli "esercizi di ristorazione e somministrazione di bevande, cibi precotti e generi di monopolio"; gli "esercizi commerciali"; la "gestione di strutture ricettive ed attività ricreative e sportive"; "servizi di altra natura e conduzione di strutture ad uso abitativo, compatibilmente con le esigenze di utilizzazione di cui alle precedenti categorie di utilizzazione". Trattasi infatti di attività che possono essere esercitate ovunque salva la conformità dell'attività commerciale con la destinazione urbanistica impressa dagli strumenti di governo del territorio.

La prospettiva non muta nel caso di concessioni demaniali che concedano il mantenimento sul demanio di stabilimenti balneari. Anche in questo caso oggetto della concessione è pur sempre il bene appartenente al demanio marittimo e non anche attività economiche-commerciali.

4. Dall'affermazione del diritto di proprietà del concessionario consegue la necessità di tutelare diritti di durata infinita.

4.1. Fermo restando quanto osservato sul fatto che l'affidamento di beni pubblici è una materia estranea sia alla Direttiva Servizi sia alla Direttiva concessioni, dal formante comunitario si ricavano ulteriori indicazioni da cui inferire che i principi desumibili dal diritto comunitario derivato in tema di appalti e concessioni di servizi non sono applicabili nemmeno in via analogica alle ipotesi in cui un concessionario di bene pubblico vanta un diritto di proprietà di durata infinita sulle opere realizzate.

Nelle conclusioni rassegnate dall'A.G. Wathelet dell'11 aprile 2013 nella causa C-576/2010 (*Commissione/Paesi Bassi*), è stato osservato che 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 2014/18 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).

Secondo l'A.G. Wathelet, va "semplicemente" esclusa «la possibilità di configurare una concessione di lavori pubblici qualora venga riconosciuto al (presunto) concessionario un diritto di proprietà sulle opere realizzate» (punto 168 delle conclusioni).

4.2. Calando i suesposti principi alla vicenda delle concessioni demaniali marittime, si ha che anche il concessionario di bene demaniale marittimo, anteriormente alle novelle degli anni 2009 e 2011, fosse titolare di un diritto a durata infinita.

Erano infatti funzionali alla conservazione della proprietà (intesa come diritto reale) e della proprietà commerciale dell'azienda del concessionario sia il c.d. diritto di insistenza ex art. 37 cod. nav., sia la previsione di rinnovo automatico delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative previsto dall'art. 10 della legge 16 marzo 2001, n. 88, il quale aveva novellato il comma 2° del citato art. 01 D.L. n. 400/1993. Anteriormente alle modifiche normative degli anni 2009-2011, il godimento di beni demaniali da parte di privati per l'insediamento su di essi di attività economiche era equiparata alla disciplina delle locazioni di diritto comune.

Del resto, va ricordato che l'art. 28 ("Rinnovazione del contratto") legge 27 luglio 1978, n. 392, consente tuttora il rinnovo tacito di sei in sei anni del contratto di locazione di immobili commerciali. Quest'ultima disposizione è senz'altro applicabile anche a beni appartenenti al patrimonio disponibile di Stato, Regioni, Enti Locali e altri enti pubblici (economici e non economici), tant'è che il citato art. 29 legge n. 392/1978 prevede che il

diniego della rinnovazione del contratto di beni pubblici è possibile soltanto al fine di adibirli all'esercizio di attività tendenti al conseguimento delle finalità istituzionali delle Autorità pubbliche. La compatibilità di tale normativa con il diritto comunitario è evidente. Le modalità di conservazione e di circolazione dei diritti reali e dei diritti personali di godimento di beni immobili non possono assurgere a ostacolo alla libertà di stabilimento, dal momento che la proprietà è tutelata, oltre che dalle Costituzioni degli Stati membri, dai Trattati.

Anche se è venuto meno il diritto di insistenza e quello al rinnovo automatico, nondimeno il diritto di proprietà (anche commerciale) del concessionario non si è ad oggi estinto, cosicché non può non porsi la questione delle sorti di tale diritto all'esito del periodo transitorio (ma sul punto v. *infra*).

5. Compatibilità con il diritto comunitario di rapporti giuridici instaurati a tempo indeterminato o con durata pluriennale, salvo divieto espresso.

Dal formante comunitario si ricava inoltre che «per quanto riguarda la durata delle concessioni, seri motivi – tra i quali vi è, in particolare, il mantenimento della concorrenza – inducono a ritenere che l'attribuzione di concessioni senza limiti temporali sarebbe contraria all'ordinamento giuridico dell'Unione» (sentenza della Sezione II della Corte di Giustizia CE del 25 marzo 2010 in C-451/08, *Helmut Müller GmbH*).

Nondimeno, nelle già citate conclusioni dell'A.G. Wathelet viene fatto presente che è vero che, nella sentenza *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**»".

Con specifico riferimento alle concessioni di servizi, l'A.G. Wathelet osserva che "diversamente che per gli accordi quadro, il legislatore europeo non ha ancora stabilito un limite temporale per i contratti di concessione. Tuttavia, tale limitazione figura nella proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, attualmente in discussione. Se tale modifica venisse adottata, il diritto dell'Unione imporrebbe un limite temporale. La normativa stessa non lascerebbe più alcun dubbio quanto all'interpretazione di ciò che la Corte ha definito il «sistema [e la] finalità delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici»".

In altri termini, in difetto di disposizioni espresse, non possono ritenersi contrari al diritto comunitario rapporti giuridici a durata indeterminata sia che i medesimi rapporti vengano qualificati in termini di appalto o di concessione.

Da qui l'inferenza secondo cui, fintantoché non verrà espressamente previsto dal legislatore comunitario un limite temporale per i contratti di concessione di beni pubblici, tale limite non potrà essere ricavato in via analogica dal diritto derivato in materia di appalti pubblici o di concessioni di servizi.

6. La Direttiva servizi non è applicabile alle concessioni di beni pubblici sorte anteriormente alla sua entrata in vigore.

6.1. Secondo la giurisprudenza della Corte, la normativa comunitaria sopravvenuta non è applicabile ai rapporti giuridici posti in essere anteriormente al recepimento della medesima normativa.

Infatti, **nella causa C-337/98 *Commissione / Francia***, la Corte di Giustizia, nella sentenza del 5 ottobre 2000, ha osservato che «la decisione di avvalersi di un procedimento negoziato senza preventiva indizione di una gara fa parte di un procedimento di aggiudicazione che si è concluso solo nel novembre 1996, ossia più di due anni dopo la scadenza del termine per la trasposizione della direttiva 93/38. Tuttavia, secondo la giurisprudenza in materia di appalti pubblici, **il diritto comunitario non impone a un'amministrazione aggiudicatrice di uno Stato membro di intervenire, su domanda di un singolo, in rapporti giuridici esistenti, 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** (v., in tal senso, sentenza 24 settembre 1998, causa C-76/97, Tögel, Racc. pag I-5357, punto 54)».

Nella sentenza ***presetext Nachrichtenagentur GmbH*** (Corte di Giustizia CE, Sez. III, 19 giugno 2008, in C-454/06), è stato osservato che «una clausola in virtù della quale le parti si obbligano 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 sentenza ***presetext Nachrichtenagentur GmbH***, è se la conclusione di clausola costituisca una nuova aggiudicazione di appalto, poiché modifica sostanzialmente il contratto originario (punto 76). Soltanto in quest'ultimo caso sarebbe applicabile il diritto comunitario sopravvenuto.

6.2. Calando i suddetti principi alle concessioni demaniali marittime, consegue anzitutto che, ove si ritenesse applicabile la Direttiva Servizi *in subiecta materia*, la stessa Direttiva non potrebbe comunque ritenersi applicabile alle concessioni rilasciate anteriormente al suo recepimento.

Infatti, secondo l'indirizzo maggioritario nella giurisprudenza del G.A., tale direttiva non è *self-executing* (**T.A.R. Campania, Sezione staccata di Salerno, sentenza 27 settembre 2011, n. 1586, Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenze n. 6682 del 27 dicembre 2012 e n. 1307 del 17 marzo 2014**).

In secondo luogo, deve escludersi che il rinnovo *ex lege* delle concessioni demaniali

marittime rilasciate anteriormente al recepimento della Direttiva Servizi configurano un nuovo affidamento, tenuto conto che la nuova concessione non fa che rinnovare il termine di validità del titolo originario senza in effetti novarlo. Secondo la Sezione VI del Consiglio di Stato, la previsione di rinnovo automatico e preordinato in precedenza rispetto alla data di naturale scadenza della concessione consente di «configurare il rinnovo stesso – al di là del "nomen iuris" – come una vera e propria proroga, protraendosi il medesimo rapporto senza soluzione di continuità» (Cons. St., Sez. VI, sent. n. 3348 del 26 maggio 2010).

7. Illegittimità costituzionale dell'art. 49 cod. nav. I principi desumibili dalla Carta di Nizza e dalla Convenzione EDU.

Al 15° considerando della Direttiva 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 articoli 43 e 49 del trattato».

Tale considerando impone dunque di fornire un'interpretazione della Direttiva servizi compatibile con i diritti fondamentali riconosciuti dalla c.d. Carta di Nizza (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (2000/C 364/01), proclamata il 7 dicembre 2000 e adottata il 12 dicembre 2007), nonché dalle Costituzioni degli Stati membri.

Ebbene 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 come un diritto fondamentale, stabilendo che «ogni individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquisito legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuno può essere privata 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, riproducendolo, 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.

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 l'art. 1 del primo protocollo della CEDU, nelle sue proposizioni, si riferisce con previsione chiaramente generale ai beni, **senza operare distinzioni in ragione della *qualitas rei***.

La nozione di proprietà, contenuta all'art. 17 della Carta di Nizza, è perciò più ampia rispetto a quella desumibile dal nostro ordinamento interno, tanto da apparire assimilabile al concetto anglosassone di proprietà, dove oggetto di proprietà è tutto, tanto da comprendere quella che è la proprietà commerciale, l'avviamento, il diritto d'autore. 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 tradotto, ma dandoli per presupposti.

8. (segue): l'equo indennizzo del concessionario uscente all'esito delle gare pubbliche che si terranno successivamente al 2020.

8.1. Nella *sentenza Hubert Wachauf*, la Corte di Giustizia CE ha significativamente affermato 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» (sent. 13 luglio 1989, causa C-5/88, Hubert Wachauf, punto 19°). 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.).

8.2. Che lo spoglio del concessionario dei propri beni e diritti (di natura reale o personale) sia meritevole di essere indennizzato è confermato dalla recente sentenza della **Corte EDU del 23 settembre 2014 (affaire Valle Pierimpiè Soc. Agricola S.p.a. c. Italia)**, nella quale si legge (traduzione a cura del Ministero della Giustizia della Repubblica Italiana): «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 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 nel 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. (...) È 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».

8.3. Calando i suddetti principi alla vicenda delle concessioni demaniali marittime, deve allora ritenersi che **pubblici incanti**, aventi ad oggetto oltre al nudo suolo demaniale anche le aziende di proprietà dei singoli concessionari, configurino un larvato esproprio, in carenza di esigenze di pubblica utilità; cosicché il medesimo spoglio apparirebbe contrario

ai principi enunciati dalla ridetta sentenza *Hubert Wachauf*, oltre - evidentemente - a quelli di rango costituzionale desumibili dall'art. 42 Cost. e dal formante giurisprudenziale della Corte Costituzionale.

Né potrebbe invocarsi, al fine di sostenere la legittimità dell'apprensione di beni privati senza indennizzo, l'art. 49 ("Devoluzione delle opere non amovibili") cod. nav., il cui comma 1° stabilisce che «salvo che sia diversamente stabilito nell'atto di concessione, quando venga a cessare la concessione, le opere non amovibili, costruite sulla zona demaniale, restano acquisite allo Stato, senza alcun compenso o rimborso, salva la facoltà dell'autorità concedente di ordinarne la demolizione con la restituzione del bene demaniale nel pristino stato».

Infatti, come evidenziato dalle ricordate sentenze della Sezione VI del Consiglio di Stato, il rinnovo automatico della concessione demaniale ha sin qui consolidato in capo al concessionario la proprietà dei beni (inamovibili e non) legittimamente realizzati sull'arenile demaniale. Per effetto del combinato disposto dell'art. 37 cod. nav. e dell'art. 10 Legge *Baldini*, da un lato, si era consolidato in capo al concessionario l'affidamento circa l'acquisto di un diritto di proprietà a durata infinita, dall'altro lato, era in effetti *in parte qua* implicitamente abrogato l'art. 49 cod. nav.

Il venir meno del c.d. diritto di insistenza e del rinnovo automatico non può che acclarare il contrasto del citato art. 49 cod. nav. sia con l'art. 42 Cost., sia con l'art. 1 del Primo Protocollo Addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, sia con l'art. 17 della Carta di Nizza.

In applicazione di tali principi, deve perciò ritenersi che, al termine del periodo di moratoria di cui all'art. 1, comma 18, D.L. n. 194/2009 conv. in l. n. 25/2010, dovranno essere equamente indennizzati i titolari di concessioni demaniali scadute a cui subentreranno diversi operatori economici. La direttiva *Bolkenstein*, infatti, non osta a che venga tutelata la proprietà commerciale dei concessionari uscenti, nonché il loro diritto superficario.

De jure condito, pertanto, il diritto all'equo ristoro dei concessionari uscenti, cui non verrà rinnovato il titolo concessorio dopo il 31 dicembre 2020, può anzitutto ipotizzarsi disapplicando l'art. 49 cod. nav. per contrarietà con l'art. 17 della Carta di Nizza.

In caso contrario, apparirebbe non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del citato art. 49 cod. nav., nella parte in cui prevede l'acquisizione allo Stato di beni di proprietà del concessionario, realizzati nel vigore di una normativa che ne garantiva la durata infinita, per il patente contrasto sia con l'art. 42 Cost., sia con l'art. 117 Cost., assumendo quale norma interposta il ricordato art. 1 del Primo Protocollo Addizionale CEDU.

Resto a disposizione per ogni chiarimento e invio i migliori saluti.

Avv. Ettore Nesi

