Studio Legale
Morbidelli - Bruni - Righi - Traina e associati
Via A. La Marmora, 14 - Firenze
Tel. 055.5000412 - Fax 055.572614
e-mail: studiombrt@studiombrt.it

Studio Legale Associato Paolini & Nesi
Via Francesco Puccinotti n. 30 - Firenze
Tel. 055/48.59.60 – Fax. 055/49.22.10
e-mail: posta.firenze@studiolegalepn.it

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

Oggetto*: *Osservazioni sulla risposta della Commissione U.E. all'interrogazione con richiesta di risposta scritta E-010166/2015 ex art. 230 TFUE e art. 130 Regolamento del Parlamento Europeo (ns. rif. 476)

Egregio Presidente,

abbiamo esaminato la risposta del 2 settembre 2015, resa dalla Commissione U.E., nella persona del Commissario Elżbieta Bieńkowska, alla interrogazione con richiesta di risposta scritta E-010166/2015, formulata, ai sensi del § 2° dell'art. 230 TFUE e dall'art. 130 del Regolamento del Parlamento Europeo, dagli europarlamentari Bizzotto e Salvini del Gruppo *Europe of Nations and Freedom* (ENF).

Tale risposta non è convincente sotto molteplici aspetti che meritano di essere circostanziatamente esaminati.

***

1. <u>Il quesito formulato ai sensi dell'art. 230 TFUE dagli europarlamentari Bizzotto e Salvini (ENF). La risposta del commissario Bieńkowska del 2 settembre 2015.</u>

Con la citata interrogazione E-010166/2015, avente ad oggetto "*Direttiva Bolkestein e sentenza 328/2015 del TAR Toscana: gli operatori balneari sarebbero titolari di un bene e non di un servizio*", gli europarlamentari Bizzotto e Salvini hanno domandato alla Commissione se intende, con riferimento al tema delle concessioni demaniali marittime turistico-ricreative, «*rivedere l'interpretazione finora data al concetto di "servizio"*» nella Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno n. 06/123/CE del 12 dicembre 2006 (c.d. Direttiva Servizi).

Ciò in quanto, da un lato, il concessionario di bene demaniale marittimo è titolare di un diritto superficiario avente ad oggetto i beni impiantati dal medesimo concessionario sulla zona demaniale (v. *infra* §§ 2 e 3), dall'altro lato, la concessione di bene demaniale si atteggia, sia dal punto di vista della giurisprudenza interna, sia dal punto di vista del formante comunitario, come una concessione di beni e non come una concessione di servizi (v. *infra* § 4).

Poste tali premesse, il dubbio degli europarlamentari appare fondato. Può infatti il diritto europeo di proprietà (su cui §§ 6, 7 e 8), di cui è titolare il concessionario

demaniale marittimo, essere conculcato dall'applicazione della disciplina comunitaria in tema di servizi di cui all'**art. 50 del Trattato di Roma** (ora art. 57 TFUE)?

Nel rispondere all'interrogazione Bizzotto-Salvini, la Commissione si dice *non in grado di esprimere osservazioni*, perché nel contenzioso dianzi al T.A.R. Toscana non assumerebbe rilievo una normativa comunitaria, ma soltanto quella nazionale. Dunque, a ben vedere, secondo la Commissione, la ***realità*** del rapporto intercorrente tra concessionario e beni impiantati sul demanio non inciderebbe sull'applicazione della Direttiva Servizi. Secondo la Commissione la sentenza del T.A.R. Toscana n. 328/2015 si limiterebbe perciò a pronunciarsi sull'interpretazione della normativa nazionale.

È tuttavia evidente che la Commissione, nel momento in cui afferma l'*irrilevanza comunitaria* del rapporto di carattere reale, che intercorre tra concessionario e beni da esso impiantati sul demanio marittimo, finisce in ultima analisi per negare l'esistenza stessa del diritto superficiario.

Sennonché, non solo tale diritto di superficie ha rilievo comunitario, ma inoltre l'esercizio del diritto *de quo dicitur* deve essere rispettato dall'interprete (comunitario e interno) nel dare applicazione alla Direttiva Servizi.

Come sarà meglio illustrato *infra*, la Commissione U.E. ha rinunciato a compiere il pur doveroso bilanciamento tra tutela della concorrenza e tutela di diritti fondamentali dei cittadini dell'Unione, tra i quali è pacifico che rientri la proprietà privata.

***

2. Il formante interno in tema di diritto di superficie dei concessionari balneari.

Con riferimento a questo primo aspetto, va ricordato che, secondo la Sezione III del T.A.R. Toscana (sent. n. 328 del 27 febbraio 2015), il concessionario che legittimamente realizzi un manufatto sulla zona demaniale ne conserva la titolarità fintantoché la concessione demaniale venga rinnovata senza soluzione di continuità. Ad avviso del Giudice amministrativo toscano, infatti, 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 superficiaria, 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).

La sentenza del T.A.R. Toscana è peraltro il precedente più recente di un indirizzo ormai consolidato nella giurisprudenza civile e amministrativa interna.

Infatti, in epoca recente, la **Sezione VI del Consiglio di Stato** ha più affermato il principio secondo cui il manufatto impiantato dal concessionario sulla zona demaniale

marittimo «nasce come proprietà privata superficiaria 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).

Ed ancora, sempre con riferimento alle concessioni demaniali a fini turistici, attributive della c.d. concessione *ad aedificandum*, è stato osservato 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 superficiaria, 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).

Nel caso di concessioni demaniali va pertanto 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 superficiaria dell'opera sovrastante.

Il concessionario, in buona sostanza, è titolare di un vero e proprio diritto di superficie che può essere fatto valere anche nei riguardi dell'Amministrazione marittima, tanto da venire escluso dalla giurisprudenza interna l'obbligo di corrispondere all'Erario un canone per il godimento di beni che siano stati appunto edificati dal concessionario o dai suoi danti causa.

La natura demaniale del suolo non può perciò ritenersi di ostacolo né alla costituzione in favore di privati, mediante concessione di diritto pubblico, di diritti reali che abbiano ad oggetto la fruizione del bene medesimo, né alla circolazione tra privati di tali diritti, che si atteggiano, nei rapporti privatistici, come diritti soggettivi perfetti.

In conclusione, alla luce del formante giurisprudenziale interno, 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 superficiario.

***

3. (segue): <u>sul diritto vivente secondo cui la catena di concessioni demaniali marittime fa salva la titolarità del diritto di superficie in capo al concessionario, non trovando perciò applicazione l'art. 49 cod. nav.</u>

Il già citato indirizzo della Sezione VI del Consiglio di Stato, a cui il T.A.R. Toscana ha dato seguito, afferma peraltro un ulteriore e decisivo principio.

Il diritto reale di superficie non si estingue allo spirare della concessione in virtù della quale il privato ha conseguito la facoltà di costruire e mantenere i beni sulla zona demaniale.

Infatti, sempre secondo il ricordato diritto vivente *in subiecta materia*, il diritto di superficie è destinato ad essere conservato nel patrimonio del concessionario, fintantoché il titolo concessorio venga rinnovato in via amministrativa (ex art. 37 cod. nav.) ovvero *ope legis* (ex art. 10 legge 16 marzo 2001, n. 88).

Da ciò consegue che, nel caso di rinnovi di concessioni demaniali marittimi, non può trovare applicazione l'art. 49 cod. nav., il quale prevede al comma 1° 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»

Più precisamente, è stato affermato dalla Sezione VI del Consiglio di Stato che **l'accessione di cui all'art. 49 cod. nav. non si verifica allorché «il concessionario abbia edificato sul suolo demaniale in base a regolare permesso di costruire e la concessione sia stata rinnovata più volte con istanza – e anche pagamento del canone – prima della relativa scadenza**» (Cons. St., Sez. VI, 26 maggio 2010, n. 3348).

Ciò in quanto, secondo la Sezione VI, in virtù dei rinnovi (in via amministrativa o *ope legis*), siamo in realtà in presenza di atti qualificabili non in termini di rinnovato esercizio del potere concessorio, bensì di una proroga senza soluzione di continuità delle concessioni.

Osserva la Sezione VI del Consiglio di Stato che, nei casi in cui la concessione sia stata via via rinnovata, deve allora trovare applicazione il regime derogatorio di cui al medesimo art. 49 cod. nav. il quale, per l'appunto, esclude l'acquisizione gratuita allorché «non sia diversamente stabilito nell'atto di concessione (...) - infatti - detto inciso può giustificare l'inapplicabilità del principio dell'accessione gratuita – fortemente penalizzante per il diritto dei superficiari e per gli investimenti, che potrebbero contribuire alla valorizzazione del demanio marittimo – anche quando il titolo concessorio preveda, come nel caso di specie, forme di rinnovo automatico e preordinato in antecedenza rispetto alla data di naturale scadenza della concessione, **tanto da configurare il rinnovo stesso – al di là del "nomen iuris" – <u>come una vera e propria proroga</u>, protraendosi il medesimo rapporto senza soluzione di continuità**» (Cons. St., Sez. VI, sent. n.

3348/2010 cit.).

Tale indirizzo è stato reiteratamente confermato sempre dalla Sezione VI del Consiglio di Stato con le **sentenze n. 3308 e n. 3307 del 13 giugno 2013, la sentenza n. 3196 del 10 giugno 2013 e la n. 626 del 1° febbraio 2013**; di talché, deve ritenersi ormai affermato il principio secondo cui, nel caso di rinnovo senza soluzione di continuità delle concessioni demaniali marittime, viene perciò solo ad essere impedita l'acquisizione *ex lege* al demanio marittimo dei manufatti realizzati dai concessionari.

***

4. La concessione di bene demaniale marittimo non ha per oggetto un bene produttivo, ma un ambito spaziale.

Si è già anticipato che gli europarlamentari Bizzotto e Salvini hanno altresì evidenziato nell'interrogazione E-010166/2015 come la concessione demaniale marittima si atteggi come una concessione di beni e non sia pertanto una concessione di servizi.

Anche tale capo dell'interrogazione trova solide basi sia nelle fonti normative, sia nel formante giurisprudenziale non solo nazionale, ma anche comunitario.

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

Mediante la concessione demaniale, il concessionario acquista il godimento esclusivo di un bene dello Stato, che viene così trasferito da un uso generale ad uno speciale. Il Codice della navigazione reca invero l'elencazione dei beni "destinati alla navigazione" (v. art. 28[1]), senza tuttavia contenere un catalogo degli usi pubblici del mare, ancorché sia

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

proprio tale strumentalità a connotare un bene come bene demaniale, come si si ricava *a contrario* dall'art. 35 cod. nav., in base al quale, ove venga meno il nesso di strumentalità con il pubblico uso del mare, il bene può essere escluso dal demanio marittimo[2]. All'art. 36 cod. nav. viene poi stabilito che la concessione di beni demaniali è subordinata alla compatibilità dell'occupazione «con le esigenze del pubblico uso».

L'individuazione e la conseguente regolamentazione delle attività sul bene demaniale sono perciò rimesse al titolo concessorio, che verrà in concreto assunto dall'Autorità marittima. I privati intrattengono infatti rapporti giuridici con l'amministrazione concedente in virtù di titoli concessori solitamente qualificabili come concessioni-contratto, in cui confluiscono sia l'atto unilaterale ed autoritativo – la concessione vera e propria – sia un'articolata regolamentazione del rapporto bilaterale, fonte di obblighi e diritti reciproci, dell'ente concedente e del privato concessionario[3].

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.).

Da ultimo il T.A.R. per la Toscana ha espressamente affermato che «le disposizioni

---

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

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

del d. lgs. n. 163 del 2006 non si applichino alle procedure ad evidenza pubblica riguardanti le concessioni demaniali marittime, le quali rientrano nella categoria dei contratti attivi, avendo come causa giuridica l'uso particolare di un'area demaniale dietro pagamento di un canone di concessione, e che restano regolate dalla disciplina speciale data dal codice della navigazione, dal relativo regolamento e dalle altre norme di legge relative al regime delle stesse concessioni» (**T.A.R. Toscana, Sez. III, 27 maggio 2015, n. 822**).

Nel paragrafo che segue si vedrà che a identiche conclusioni deve giungersi alla stregua del formante normativo e giurisprudenziale comunitario.

***

5. <u>Il diritto comunitario. Le concessioni demaniali esulano dall'ambito di applicazione della direttiva servizi e della direttiva concessioni di servizi.</u>

5.1. 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°).

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.

5.2. Più di recente, con **Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, n. 23**, relativa all'aggiudicazione dei contratti di concessione, 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,* ***<u>non dovrebbero configurarsi come concessioni ai sensi</u>***

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*».

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.

5.3. 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 assurge ad ambito spaziale dell'attività del concessionario**.

In tale contesto, in cui - come detto - assume rilievo l'uso particolare del bene pubblico da parte di un privato, è legittimo dubitare dell'applicazione della c.d. Direttiva Servizi (e cioè la Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno n. 06/123/CE del 12 dicembre 2006), la quale, ai sensi dell'art. 4, punto 1° (v. inoltre 17° considerando della medesima Direttiva n. 2006/123/CE), riguarda non i beni pubblici, bensì i servizi di cui all'**art. 50 del Trattato di Roma** (ora art. 57 TFUE), ai sensi del quale «*sono considerate come servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone.*

I servizi comprendono in particolare:

a) attività di carattere industriale;

b) attività di carattere commerciale;

c) attività artigiane;

d) attività delle libere professioni».

Dalla Direttiva n. 2006/123/CE si ricavano peraltro sicuri indici che conducono all'esclusione del regime di affidamento dei beni pubblici dal suo ambito applicativo.

5.4. In tema di regime di autorizzazioni all'esercizio di un'attività riconducibile all'art. 57 TFUE, il **comma 4° dell'art. 10 Direttiva n. 2006/123/CE** stabilisce che «l'autorizzazione permette al prestatore di accedere all'attività di servizi o di esercitarla su tutto il territorio nazionale, anche mediante l'apertura di rappresentanze, succursali, filiali o uffici, tranne nei casi in cui la necessità di un'autorizzazione specifica o di una limitazione dell'autorizzazione ad una determinata parte del territorio per ogni stabilimento sia giustificata da un motivo imperativo di interesse generale».

Il **comma 5° dell'art. 10 dir. 123/2006/CE** prevede poi che «l'autorizzazione è concessa non appena da un adeguato esame risulti che le condizioni stabilite per ottenere l'autorizzazione sono soddisfatte».

Dai sopra ricordati commi 4 e 5 dell'art. 10 Direttiva n. 2006/123/CE si ricava quindi un decisivo argomento circa la non applicabilità della Direttiva Servizi all'affidamento di beni pubblici. Nella prospettiva comunitaria assume infatti rilievo l'atto di assenso dell'Autorità amministrativa volto a verificare, in capo al prestatore di servizi, il possesso dei requisiti e delle condizioni abilitanti l'esercizio dell'attività di intrapresa.

Nel caso di affidamento di beni pubblici, invece, non viene invece messa in discussione la capacità del prestatore ad esercitare un'attività annoverabile nel *genus* di cui all'art. 57 TFUE.

La concessione ex art. 36 cod. nav. ovvero l'autorizzazione ex art. 45-bis cod. nav. non costituiscono cioè autorizzazioni all'esercizio di un'attività di prestazione servizi, bensì atti di assenso per l'uso particolare di un bene pubblico da parte di soggetti che, anteriormente all'affidamento, sono già muniti dei relativi requisiti abilitanti.

È vero che tali beni pubblici sono strumentali all'esercizio di un'attività di intrapresa economica, nondimeno l'affidamento di tali beni non può essere equiparato all'autorizzazione all'esercizio di un'attività nel mercato unico.

5.5. Dal momento che le concessioni di beni demaniali marittime hanno per oggetto un bene e non un'attività, alle stesse non può nemmeno 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 sia sul demanio marittimo, sia su beni pubblici o privati, salva la conformità dell'attività commerciale con la destinazione urbanistica impressa dagli strumenti di governo del territorio.

La prospettiva non muta nel caso di titoli 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 l'esercizio di attività economiche-commerciali.

***

6. Sulla rilevanza europea del diritto di superficie di cui è titolare il concessionario balneare.

Poste le appena illustrate premesse e cioè che il concessionario è titolare di un diritto reale, la cui durata, fino all'abrogazione del diritto di insistenza, era in ultima analisi infinita[4] e che la concessione di un bene demaniale non è una concessione di un servizio ma una concessione di bene pubblico, è allora evidente il conflitto tra la tutela dei diritti del concessionario e il dogma pro-concorrenziale che è sotteso alla pervicace applicazione della Direttiva servizi all'ambito degli affidamenti dei beni pubblici.

Occorre tuttavia rilevare che, al **15° considerando** della Direttiva servizi, viene solennemente affermato dal legislatore comunitario 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». Al contempo, il **§ 7 dell'art. 1 della Direttiva** prevede che «**la presente direttiva non pregiudica l'esercizio dei diritti fondamentali** quali riconosciuti dagli Stati membri e dal diritto comunitario, né il diritto di negoziare, concludere ed eseguire accordi collettivi e di intraprendere azioni sindacali in conformità del diritto e delle prassi nazionali che rispettano il diritto comunitario».

Tali previsioni impongono allora agli interpreti, ivi compresa la Commissione, di fornire un'ermeneusi 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.

---

[4] A seguito dell'avvio della procedura di infrazione da parte della Commissione U.E. (2008/4908 – C(2009) 0328 – Costituzione in mora; nonché C(2010)2734 – di messa in mora complementare), lo **Stato italiano** - ritenendo fondate le contestazioni formulate dalla Commissione U.E. circa l'incompatibilità con i Trattati del regime di rinnovo delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative - **ha abrogato**, dapprima, con il comma 18° dell'art. 1 del D.L. n. 194/2009 conv. in legge n. 25/2010, il c.d. ***diritto di insistenza*** (art. 37, comma 2°, cod. nav.) e poi, con l'art. 11, comma 1°, lettera a) della legge n. 217/2011, il c.d. ***diritto al rinnovo automatico sessennale*** (art. 10 legge n. 88/2001).
Al contempo, il citato comma 18° dell'art. 1 D.L. n. 194/2009 conv. in legge n. 25/2010 ha introdotto un'ultima proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative sino al 31 dicembre 2015; termine da ultimo ulteriormente prorogato sino al 31 dicembre 2020 dall'art. 34-duodecies del D.L. n. 179/2012 conv. in legge n. 221/2012.
La procedura di infrazione avviata dalla Commissione U.E. (2008/4908 – C(2009) 0328 – Costituzione in mora; nonché C(2010)2734 – di messa in mora complementare) è stata archiviata il 27 febbraio 2012 a seguito della soppressione del c.d. diritto di insistenza (cfr. art. 37 cod. nav., abrogato dall'art. 1, comma 18°, D.L. n. 194/2009 s.m.i.) e del c.d. diritto al rinnovo automatico (cfr. art. 10 legge n. 88/2001, abrogato dall'art. 11, comma 1°, lettera a) della legge n. 217/2011), facendo quindi salve le ulteriori disposizioni del D.L. n. 400/1993 s.m.i., come successivamente modificato e integrato dapprima dalla legge n. 296/2006 e poi dal ridetto comma 18° dell'art. 1 del D.L. n. 194/2009 s.m.i.

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 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**».

La nozione di proprietà, contenuta all'art. 17 della Carta di Nizza, è invero ampia e appare assimilabile 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[5].

L'art. 17 della Carta di Nizza evidentemente recepisce l'art. 1 del 1° Protocollo Addizionale alla Convenzione EDU, ai sensi del quale «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».

Ebbene, dal formante CEDU si ricava il principio secondo cui, ogni qualvolta mediante atti amministrativi o aventi forza di legge venga revocato un titolo attributivo di un diritto di proprietà (di rilievo europeo), la corrispondente perdita patrimoniale debba essere ristorata, poiché si è al cospetto di una ***espérance légitime*** che, riposando su di una «*base suffisante en droit interne*», configura un interesse sostanziale meritevole di protezione in base al 1° Protocollo Addizionale CEDU.

***

7. La *espérance légitime* che - fondandosi su sentenze, atti normativi o amministrativi - si atteggia come une bene meritevole di tutela ex art. 1 del 1° Protocollo Addizionale a Convenzione EDU.

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

[5] Sul punto v. VETTORI, *Circolazione dei beni ed ordinamento comunitario*, Prolusione al XLVII Corso della Scuola di Notariato di Firenze tenuta il giorno 9 febbraio 2008.

natura reale.

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

Ed ancora, osserva sempre la Corte EDU, nella citata decisione del 23 settembre 2014: «*la notion de «biens» peut recouvrir tant des «biens actuels» que des valeurs patrimoniales, y compris des créances, en vertu desquelles le requérant peut prétendre avoir au moins une* ***«espérance légitime»*** *d'obtenir la jouissance effective d'un droit de propriété*» (§ 38, e cioè «*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*»).

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

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

***

8. (segue): in particolare, l'*espérance légitime* del concessionario di bene demaniale marittimo. Siamo al cospetto di un interesse patrimoniale sufficientemente importante da costituire un interesse sostanziale protetto dalla

Convenzione EDU e dai Trattati comunitari.

8.1. Anteriormente alle novelle del 2009 e del 2011[6], in materia di concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative, ciascun concessionario vantava una aspettativa legittima a godere del bene demaniale e a mantenervi stabilmente la propria impresa. Tale aspettativa legittima si fondava dapprima sul c.d. diritto di insistenza ex art. 37 cod. nav., il quale comportava il rinnovo automatico in via amministrativa della concessione demaniale marittima; poi sul rinnovo *ex lege* di cui all'art. 10 legge n. 88/2001.

Astrattamente tale *espérance légitime* aveva durata infinita, tenuto conto che le ricordate disposizioni normative avevano consolidato l'affidamento dei concessionari al rinnovo *sine die* delle concessioni in essere.

L'abrogazione del diritto di insistenza e del rinnovo automatico ex art. 10 legge n. 88/2001 determinerà pertanto l'applicazione dell'art. 49 cod. nav. L'operatività di tale disposizione era stata sin qui inibita dalla serie di rinnovi (amministrativi e legali) della concessione demaniale in essere.

Ne consegue che l'espressa previsione dell'apprensione dei beni del concessionario alla mano pubblica in difetto di causa di pubblica utilità e senza indennizzo fa sì che l'art. 49 cod. nav. e con esso le disposizioni di recepimento in ambito nazionale della Direttiva Servizi siano *in abstracto* incompatibili con le norme CEDU come interpretate dalla Corte EDU, determinando una strutturale e sistematica violazione dell'art. 1 del 1° Protocollo Addizionale alla Convenzione EDU (cfr. decisione *Valle Pierimpiè*).

L'abrogazione del diritto di insistenza e del rinnovo automatico e la conseguente applicabilità dell'art. 49 cod. nav. comprimono infatti una *espérance légitime* che si fondava "*sur une* ***disposition législative*** [l'art. 10 legge n. 88/2001] *ou sur un* ***acte légal*** [i rinnovi in via amministrativa ex art. 37 cod. nav.]".

8.2. Dal momento che l'abrogazione dell'art. 37 cod. nav. e dell'art. 10 legge n. 88/2001 sono state disposte al fine di chiudere la procedura di infrazione comunitaria avviata dalla Commissione sul preteso contrasto tra disciplina interna in tema di concessioni demaniali marittime e art. 49 TFUE come declinato dalla Direttiva Servizi, emerge con evidenza la frizione tra la disciplina comunitaria relativa ai servizi nel mercato interno e diritti fondamentali dei cittadini dell'Unione.

Per una sorta di eterogenesi dei fini, l'applicazione alle concessioni demaniali marittime della Direttiva servizi determinerà, all'esito del periodo transitorio ex comma 18° dell'art. 1 D.L. n. 194/2009 s.m.i., la circolazione forzosa di aziende e di diritti reali superficiari dal patrimonio dei concessionari uscenti al patrimonio di quelli subentranti.

Unitamente ai beni immobili circoleranno inoltre anche beni immateriali, quali l'avviamento commerciale .

Nondimeno, le modalità di conservazione e di circolazione dei diritti reali e dei diritti

[6] V. nota n. 5

personali di godimento di beni immobili non possono ritenersi un 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 erra la Commissione Europea nel ritenere che non abbia rilevanza comunitaria la circostanza che sulle zone demaniali, che andranno affidate mediante procedura ad evidenza pubblica, incidano diritti reali degli attuali concessionari.

L'applicazione della Direttiva servizi nell'ambito de quo spoglierà i concessionari demaniali marittimi di un loro diritto reale a cagione dell'applicazione di una normativa interna di recepimento di quella comunitaria.

Il che cozza con la tutela delle libertà fondamentali, oggi positivizzata dal ricordato art. 17 della Carta di Nizza; ma ciò collide anche con i principi desumibili dal formante del Giudice comunitario.

Infatti, nella ***sentenza Hubert Wachauf***, la Corte di Giustizia ha significativamente affermato, in tema di diritto di proprietà, che «una disciplina comunitaria che avesse per effetto di spogliare l'affittuario, alla scadenza del contratto di affitto, del 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, 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.).

Tali principi non possono che valere a fortiori nel caso di specie, in cui, come detto, emergono dalle sabbie demaniali diritti di consistenza reale, i cui titolari sono però gli attuali concessionari.

***

9. <u>Conclusioni. Quali rimedi di tutela avverso la risposta della Commissione Europea del 2 settembre 2015.</u>

9.1. A nostro avviso sussistono i presupposti per impugnare la risposta della Commissione Europea del 2 settembre 2015 davanti al Tribunale dell'Unione Europea.

In proposito, premettiamo che, ai sensi del § 4 dell'art. 263 TFUE (ex art. 230 TCE), «qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre … un ricorso contro gli atti adottati nei suoi confronti o che la riguardano direttamente e individualmente, e contro gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione».

Nel caso di c.d. ricorrenti non privilegiati e cioè cittadini dell'Unione diversi dai

soggetti di cui al § 2 dell'art. 263 TFUE (Stati membri, Parlamento U.E., Consiglio e Commissione), le condizioni per esperire l'azione di annullamento sono dunque che il ricorrente vanti la titolarità di una posizione giuridica sostanziale che si assuma lesa - direttamente e individualmente - dall'atto comunitario.

9.2. Secondo la giurisprudenza comunitaria sono suscettibili di sindacato giurisdizionale gli atti che siano idonei di produrre effetti giuridici, regolando una situazione giuridica in modo definitivo e vincolante. Più precisamente, secondo la giurisprudenza della Corte, costituiscono atti o decisioni che possono essere oggetto di un'azione di annullamento davanti agli organi di giustizia comunitaria «i provvedimenti destinati a produrre effetti giuridici obbligatori idonei ad incidere sugli interessi di chi li impugna, modificando in misura rilevante la situazione giuridica di questo» (Corte Giustizia sent. 11 novembre 1981, in C-60/81, *IBM/Commissione*; Corte di Giustizia, Sez. III, 13 ottobre 2011, in C-463/10P e C-475/10P, *Deutsche Post / Commissione*, Id. 18 novembre 2010, in C-322/09P *NDSHT / Commissione*).

Al fine di verificare la sindacabilità della nota del 2 settembre 2015 appare dirimente la decisione della Sezione II del Tribunale 24 marzo 1994, in T-3/93 *Air France/Commissione*, nella quale è stata ritenuta ammissibile l'impugnazione di una dichiarazione resa pubblica dal Commissario competente per materia, con la quale veniva comunicata (per tramite di dichiarazioni rese ad agenzie di stampa private) la volontà della Commissione di declinare la propria competenza ad esaminare un'operazione di concentrazione tra imprese, così come invece previsto dalla normativa di derivazione comunitaria.

Ha osservato la Sezione II del Tribunale che la dichiarazione del Commissario, nel costatare l'inapplicabilità della normativa comunitaria all'operazione controversa, aveva avuto l'*effetto certo di consolidare la competenza degli Stati membri* (cfr. § 45 sent. *Air France / Commissione* cit.).

Quanto alla forma dell'atto, nella medesima sentenza *Air France/Commissione* si legge che «la scelta di una determinata forma non può modificare la natura dell'atto» e che, pertanto, la forma di un atto è «in linea di massima irrilevante ai fini della possibilità di impugnarli con un'azione di annullamento» (§ 57)

9.3. Calando i principi della sentenza *Air France /Commissione* al caso di specie, va ritenuto che anche la risposta del 2 settembre 2015 del Commissario Elżbieta Bieńkowska, quale Commissario competente per materia, sia vincolante e idonea a produrre effetti giuridici nella sfera giuridica dei concessionari demaniali marittimi. Come osservato, infatti, tale risposta reca plurimi accertamenti di carattere sia positivo sia negativo.

Anzitutto, dalla nota della Commissione si ricava che la titolarità da parte dei concessionari di un diritto di superficie sulla zona demaniale non è un diritto fondamentale, per il quale operano le guarentigie di cui al 15° considerando della Direttiva Servizi.

Da qui l'inferenza secondo cui le istituzioni nazionali dovranno obbligatoriamente applicare la Direttiva Servizi anche nel caso di concessioni comprendenti diritti reali superficiari intestati al concessionario, senza pertanto garantirne la conservazione dei medesimi diritti.

A contrario, dalla nota del 2 settembre 2015 si ricava cioè che la titolarità di tale diritto non osta a che la concessione demaniale marittima cessi, in pretesa applicazione di fonti nazionali di recepimento della Direttiva Servizi, per consentirne l'affidamento mediante procedura ad evidenza pubblica. Come anticipato, l'applicazione della Direttiva Servizi alla concessione di beni pubblici determinerà che, unitamente al titolo concessorio, circoleranno forzosamente anche i diritti reali di cui oggi sono titolari i concessionari balneari. Tali diritti verranno infatti acquisiti, senza indennizzo, dallo Stato, il quale procederà poi ad affidarli ai concessionari subentranti.

Da qui la lesività della comunicazione del 2 settembre 2015 nei riguardi di tutti i concessionari demaniali marittimi, titolari di un diritto di superficie su zona demaniale, di cui viene - in ultima analisi - misconosciuta la natura di diritto fondamentale ex art. 17 Carta di Nizza.

9.4. Se dobbiamo operare una sintesi di quanto si è detto sino ad ora, dobbiamo concludere che con tale decisione la Commissione da un lato mostra di non conoscere la Costituzione dell'Unione Europea e dall'altro lato non tiene conto del necessario bilanciamento tra diritti e valori di cui i trattati costituzionali Europei sono portatori, tenuto conto della loro gerarchia.

Quanto alla rilevanza ed all'ampiezza del diritto di proprietà quale configurato, dall'art.17 del Trattato di Nizza e dal diritto vivente comunitario e convenzionale valgono le precedenti considerazioni, mentre la risposta della Commissione, come già visto, vi presiede *in toto*.

Questo è un fenomeno particolarmente significativo dell'operato della Commissione, o meglio delle sue disfunzioni.

Infatti, per l'art.17 del T.U.E. tra i vastissimi compiti della Commissione vi è in primo luogo la "vigilanza" sull'applicazione dei trattati e cioè di quell'insieme di atti normativi che impropriamente possiamo definire come integranti la vera e propria Costituzione Comunitaria ma all'interno di essa, proprio attraverso il passaggio diacronico tra Comunità ed Unione Europea non vi è soltanto la libertà di prestazione di servizi di cui all' art.56 del T.F.U.E., il cui esercizio deve invece avvenire in un necessario bilanciamento con la tutela dei diritti fondamentali, che l'Unione Europea nell'azione di tutti i suoi organi ed in primis della Commissione deve assicurare e la conferma di ciò si trae dalla semplice lettura dell'art.6 del T.U.E..

In altre parole, anche all'interno del trattati Europei vi è una gerarchia di valori e di principi, che deve essere rispettata nell'applicazione del diritto comunitario e ciò viene chiaramente esplicitato dall'art.6 sopra citato in combinato disposto con la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, cosicché l'art.17 di quest'ultima avrebbe

dovuto essere compresente nell'operato della Commissione, la quale non poteva assolutizzare il valore concorrenza che è assiologicamente inferiore a quelli espressi dall'art.17 cit., omettendone una applicazione che non rechi pregiudizio ai diritti fondamentali riconosciuti dall' ordinamento Costituzionale dell'Unione Europea, come del resto imponevano chiaramente anche il 15° considerando e l'art.1, paragrafo 7 della Direttiva Servizi che la Commissione mostra di violare apertamente nel caso concreto.

Avverso la comunicazione del 2 settembre 2015 potrà essere proposto ricorso per annullamento ex art. 263 TFUE nel termine di 60 giorni dalla sua pubblicazione.

Firenze, 10 settembre 2015

Avv. Roberto Righi Avv. Ettore Nesi