

ISTITUTO DI DIRITTO DELLA NAVIGAZIONE
Sezione del Dipartimento di scienze giuridiche della Sapienza, Università di Roma
I.S.D.I.T. — ISTITUTO PER LO STUDIO DEL DIRITTO DEI TRASPORTI
ANNO XXX - N. 2



DIRITTO DEI TRASPORTI 2017

1988-2017
30 anni del “Diritto dei Trasporti”



CORTE DI GIUSTIZIA UE, SEZ. V, 14 LUGLIO 2016

cause riunite C-458/14 e C-67/15

Pres. e Rel. CRUZ VILAÇA - Avv. gen. SZPUNAR

Promoimpresa srl (avv. E. Vaglio, R. Righi e E. Nesi) c. *Consorzio dei Comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro* (avv. M. Ballerini e C. Cerami) e Regione Lombardia (avv. M. Tamborino) – *Mario Melis e altri* (avv. B., F. e S. Ballero e A. Capacchione) c. *Comune di Loiri Porto San Paolo* (avv. G. Longheu), *Provincia di Olbia-Tempio* (avv. G. Cosseddu e F. Melis), *Alessandro Piredda e altri* (avv. S. Carboni e S. Dessy)

Demanio - Concessioni per finalità turistico-ricreative - Concessioni disponibili in numero limitato - Regime di proroga automatica - Illegittimità ex art. 12 dir. 2006/123/CE.

Demanio - Concessioni per finalità turistico-ricreative - Condizioni di non applicabilità della dir. 2006/123/CE - Regime di proroga automatica - Esistenza di un interesse transfrontaliero certo - Illegittimità ex art. 49 TFUE.



RIASSUNTO DEI FATTI — Riguardo alla prima controversia, nel 2006 la società *Promoimpresa* ottenne dal Consorzio dei Comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro una concessione per l'esercizio di attività commerciali, con annessa banchina e pontile per unità da diporto, su un'area demaniale insistente su una delle sponde del Lago di Garda. La scadenza naturale del titolo era fissata per il 31 dicembre 2010. Nel frattempo il d.l. 30 dicembre 2009 n. 194 prevede la proroga dei titoli in atto al 30 dicembre 2009. La *Promoimpresa*, ritenendo di poter usufruire del regime di proroga, presentò un'istanza di rinnovo, che fu però respinta. Il provvedimento fu impugnato innanzi al TAR Lombardia, che decise di sospendere il giudizio per sottoporre alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale avente ad oggetto la compatibilità della proroga con gli art. 49, 56 e 106 TFUE. Anche la seconda controversia ebbe origine dalla mancata proroga di una concessione demaniale. Nel 2004 il sig. Melis e altri ottennero concessioni per l'esercizio di attività turistico-ricreative nella spiaggia del Comune di Loiri Porto San Paolo (SS), per un periodo di sei anni, successivamente prorogate di un anno. Nel 2012 fu presentata un'ulteriore istanza di proroga, rimasta tuttavia senza risposta. L'11 maggio dello stesso anno il Comune, approvato il piano di utilizzo dei litorali, pubblicò un bando per sette nuove concessioni, alcune delle quali su aree incluse fra quelle a suo tempo assentite al Melis e agli altri concessionari. Questi impugnarono il bando, e il successivo provvedi-

mento di aggiudicazione, innanzi al TAR Sardegna, che anche in questo caso sospese il procedimento per sottoporre ai giudici di Lussemburgo una questione pregiudiziale sulla compatibilità del sistema italiano con l'ordinamento comunitario.

L'art. 12 della dir. 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno, che impone una procedura di selezione fra i candidati a ottenere un'autorizzazione escludendo la possibilità di un rinnovo automatico della stessa, si applica quando il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili. In questa circostanza, tale articolo deve essere interpretato nel senso che osta ad una misura nazionale che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati ⁽¹⁾.

L'art. 49 TFUE, che si applica in assenza delle condizioni di applicabilità dell'art. 12 della dir. 2006/123/CE, deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentino un interesse transfrontaliero certo ⁽²⁾.

SULLA SECONDA QUESTIONE NELLA CAUSA C-67/15 — 36. Con la sua seconda questione, che occorre esaminare per prima, il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se l'art. 12 della dir. 2006/123/CE debba essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative.

Sulle condizioni di applicazione dell'art. 12 della dir. 2006/123/CE — 37. L'art. 12 della dir. 2006/123/CE fa parte della sezione 1 del capo III di tale direttiva, sezione relativa alle autorizzazioni, e riguarda il caso specifico in cui il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili. Nell'ambito di questa stessa sezione, l'art. 9 della direttiva in questione disciplina la possibilità per gli Stati membri di subordinare l'accesso ad un'attività di servizio e il suo esercizio ad un regime di autorizzazione.

⁽¹⁻²⁾V. la nota di L. ANCIS a p. 527.

L'art. 10 della stessa direttiva verte sulle condizioni di rilascio di tali autorizzazioni e l'art. 11 della medesima riguarda la loro durata.

38. — Occorre, da un lato, rilevare che l'art. 4, punto 6, di tale direttiva definisce un regime di autorizzazione come qualsiasi procedura che obbliga un prestatore o un destinatario a rivolgersi ad un'autorità competente allo scopo di ottenere una decisione formale o una decisione implicita relativa all'accesso ad un'attività di servizio o al suo esercizio.

39. — Inoltre il considerando 39 della direttiva in questione precisa che la nozione di «regime di autorizzazione» dovrebbe comprendere, in particolare, le procedure amministrative per il rilascio di concessioni.

40. — Orbene, oggetto dei procedimenti principali sono talune concessioni demaniali marittime e lacuali rilasciate dalle autorità pubbliche e che mirano allo sfruttamento di un'area demaniale a fini turistico-ricreativi.

41. — Tali concessioni possono quindi essere qualificate come «autorizzazioni», ai sensi delle disposizioni della dir. 2006/123/CE, in quanto 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.

42. — Occorre, dall'altro lato, sottolineare che le concessioni di cui ai procedimenti principali riguardano risorse naturali ai sensi dell'art. 12 della dir. 2006/123/CE, dato che le aree demaniali in questione sono situate o sulle rive del Lago di Garda o sulle coste marittime italiane.

43. — Per quanto riguarda, più specificamente, la questione se dette concessioni debbano essere oggetto di un numero limitato di autorizzazioni per via della scarsità delle risorse naturali, spetta al giudice nazionale verificare se tale requisito sia soddisfatto. A tale riguardo, il fatto che le concessioni di cui ai procedimenti principali siano rilasciate a livello non nazionale bensì comunale deve, in particolare, essere preso in considerazione al fine di determinare se tali aree che possono essere oggetto di uno sfruttamento economico siano in numero limitato.

44. — Peraltro, nei limiti in cui i giudici del rinvio ritengono che le concessioni di cui ai procedimenti principali possano costituire concessioni di servizi, occorre precisare che, secondo il considerando 57 della dir. 2006/123/CE, le disposizioni della medesima riguardanti i regimi di autorizzazione non attengono alla conclusione di

contratti da parte delle autorità competenti per la fornitura di un determinato servizio che rientra nelle norme relative agli appalti pubblici.

45. — Ne risulta che le disposizioni relative ai regimi di autorizzazione della dir. 2006/123/CE non sono applicabili a concessioni di servizi pubblici che possano, in particolare, rientrare nell'ambito della dir. 2014/23/UE.

46. — A tale riguardo occorre ricordare che una concessione di servizi è caratterizzata, in particolare, da una situazione in cui un diritto di gestire un servizio determinato viene trasferito da un'autorità aggiudicatrice ad un concessionario e che questi dispone, nell'ambito del contratto concluso, di una certa libertà economica per determinare le condizioni di gestione di tale diritto, restando parallelamente in larga misura esposto ai rischi connessi a detta gestione (v., in tal senso, sentenza dell'11 giugno 2009, *Hans & Christophorus Oymanns*, C-300/07, EU:C:2009:358, punto 71).

47. — Orbene, nei procedimenti principali, come sottolinea la Commissione, le concessioni vertono non su una prestazione di servizi determinata dell'ente aggiudicatore, bensì sull'autorizzazione a esercitare un'attività economica in un'area demaniale. Ne risulta che le concessioni di cui ai procedimenti principali non rientrano nella categoria delle concessioni di servizi (v., per analogia, sentenza del 14 novembre 2013, *Belgacom*, C-221/12, EU:C:2013:736, punti da 26 a 28).

48. — Un'interpretazione siffatta è inoltre corroborata dal considerando 15 della dir. 2014/23/UE. Quest'ultimo precisa infatti 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, mediante i quali lo Stato fissa unicamente le condizioni generali d'uso dei beni o delle risorse in questione, senza acquisire lavori o servizi specifici, non dovrebbero configurarsi come «concessione di servizi» ai sensi di tale direttiva.

Sull'applicazione dell'art. 12 della dir. 2006/123/CE — 49. Nell'ipotesi in cui le concessioni di cui ai procedimenti principali rientrassero nell'ambito di applicazione dell'art. 12 della dir. 2006/123/CE — circostanza che spetta al giudice del rinvio determinare, come risulta dal punto 43 della presente sentenza — occorre rilevare che, secondo il § 1 di tale disposizione, il rilascio di autorizzazioni, qualora il loro numero sia limitato per via della scarsità delle risorse natura-

li, deve essere soggetto a una procedura di selezione tra i candidati potenziali che deve presentare tutte le garanzie di imparzialità e di trasparenza, in particolare un'adeguata pubblicità.

50. — Orbene, come sottolineato dall'avvocato generale al § 83 delle conclusioni, una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede una proroga *ex lege* della data di scadenza delle autorizzazioni equivale a un loro rinnovo automatico, che è escluso dai termini stessi dell'art. 12, § 2, della dir. 2006/123/CE.

51. — Inoltre, la proroga automatica di autorizzazioni relative allo sfruttamento economico del demanio marittimo e lacuale non consente di organizzare una procedura di selezione come descritta al punto 49 della presente sentenza.

52. — I ricorrenti nei procedimenti principali nonché il governo italiano fanno tuttavia valere che la proroga automatica delle autorizzazioni è necessaria al fine di tutelare il legittimo affidamento dei titolari di tali autorizzazioni, in quanto consente di ammortizzare gli investimenti da loro effettuati.

53. — A tale riguardo occorre constatare che l'art. 12, § 3, della dir. 2006/123/CE prevede espressamente che gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni legate a motivi imperativi d'interesse generale.

54. — Tuttavia è previsto che si tenga conto di tali considerazioni solo al momento di stabilire le regole della procedura di selezione dei candidati potenziali e fatto salvo, in particolare, l'art. 12, § 1, di tale direttiva.

55. — Pertanto l'art. 12, § 3, della direttiva in questione non può essere interpretato nel senso che consente di giustificare una proroga automatica di autorizzazioni allorché, al momento della concessione iniziale delle autorizzazioni suddette, non è stata organizzata alcuna procedura di selezione ai sensi del § 1 di tale articolo.

56. — Inoltre, come rilevato dall'avvocato generale ai § 92 e 93 delle conclusioni, una giustificazione 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. Una siffatta giustificazione non può pertanto essere invocata validamente a sostegno di una proroga automatica istituita dal legislatore nazionale e applicata indiscriminatamente a tutte le autorizzazioni in questione.

57. — Da quanto precede risulta che l'art. 12, § 1 e 2, della dir. 2006/123/CE deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati.

SULLA QUESTIONE NELLA CAUSA C-458/14 E SULLA PRIMA QUESTIONE NELLA CAUSA C-67/15 — 58. Con le loro questioni, che occorre esaminare congiuntamente, i giudici del rinvio chiedono sostanzialmente se gli art. 49, 56 e 106 TFUE debbano essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico ricreative.

59. — In via preliminare, occorre precisare che qualsiasi misura nazionale in un settore che abbia costituito oggetto di un'armonizzazione completa a livello dell'Unione deve essere valutata in rapporto non alle disposizioni del diritto primario, ma a quelle di tale misura di armonizzazione (sentenza del 30 aprile 2014, *UPC DTH*, C-475/12, EU:C:2014:285, punto 63 e giurisprudenza ivi citata).

60. — Orbene, come rilevato dall'avvocato generale ai § da 41 a 43 delle conclusioni, gli articoli da 9 a 13 della dir. 2006/123/CE prevedono una serie di disposizioni che devono essere rispettate dallo Stato membro qualora l'attività di servizio sia subordinata al rilascio di un'autorizzazione.

61. — Analogamente a quanto già statuito a proposito dell'art. 14 di tale direttiva, il quale prevede un elenco di requisiti «vietati» nell'ambito dell'esercizio della libertà di stabilimento, si deve ritenere che gli articoli da 9 a 13 di questa stessa direttiva provvedano a un'armonizzazione esaustiva concernente i servizi che rientrano nel loro campo di applicazione (v., per analogia, sentenza del 16 giugno 2015, *Rina Services e a.*, C-593/13, EU:C:2015:399, punti 37 e 38).

62. — Pertanto le questioni pregiudiziali, nella misura in cui vertono sull'interpretazione del diritto primario, si pongono solo nel caso in cui l'art. 12 della dir. 2006/123/CE non sia applicabile ai procedimenti principali, circostanza che spetta ai giudici del rinvio stabilire, come risulta dal punto 43 della presente sentenza. È quindi con questa riserva che la Corte risponde alle questioni sollevate.

63. — Occorre altresì precisare che le concessioni di cui ai procedimenti principali riguardano un diritto di stabilimento nell'area de-

maniale finalizzato a uno sfruttamento economico per fini turistico-ricreativi, di modo che le situazioni considerate nei procedimenti principali rientrano, per loro stessa natura, nell'ambito dell'art. 49 TFUE.

64. — A tale riguardo, è stato dichiarato che le autorità pubbliche, qualora intendano assegnare una concessione che non rientra nell'ambito di applicazione delle direttive relative alle diverse categorie di appalti pubblici, sono tenute a rispettare le regole fondamentali del TFUE, in generale, e il principio di non discriminazione, in particolare (v., in tal senso, sentenza del 17 luglio 2008, *ASM Brescia*, C-347/06, EU:C:2008:416, punti 57 e 58 nonché giurisprudenza ivi citata).

65. — In particolare, qualora siffatta concessione presenti un interesse transfrontaliero certo, 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'art. 49 TFUE (v., per analogia, sentenze del 17 luglio 2008, *ASM Brescia*, C-347/06, EU:C:2008:416, punti 59 e 60, nonché del 14 novembre 2013, *Belgacom*, C-221/12, EU:C:2013:736, punto 37).

66. — Per quanto riguarda, anzitutto, l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, occorre ricordare che quest'ultimo deve essere valutato sulla base di tutti i criteri rilevanti, quali l'importanza economica dell'appalto, il luogo della sua esecuzione o le sue caratteristiche tecniche, tenendo conto delle caratteristiche proprie dell'appalto in questione (v., in tal senso, sentenze del 14 novembre 2013, *Belgacom*, C-221/12, EU:C:2013:736, punto 29 e giurisprudenza ivi citata, nonché del 17 dicembre 2015, *UNIS e Beaudout Père et Fils*, C-25/14 e C-26/14, EU:C:2015:821, punto 30).

67. — Così, nella causa C-458/14, le indicazioni fornite dal giudice del rinvio consentono alla Corte di constatare che la concessione di cui trattasi in tale causa presenta un interesse transfrontaliero certo, tenuto conto in particolare della situazione geografica del bene e del valore economico di tale concessione.

68. — Per contro, nella causa C-67/15, il giudice del rinvio non ha fornito gli elementi necessari per consentire alla Corte di ritenere che esista un interesse transfrontaliero certo. Orbene, come risulta dall'art. 94 del regolamento di procedura, la Corte deve poter rinve-

nire in una domanda di pronuncia pregiudiziale un'illustrazione delle circostanze di fatto sulle quali si basano le questioni, nonché del legame esistente segnatamente tra tali circostanze e dette questioni. Di conseguenza, la constatazione degli elementi necessari per consentire di valutare la sussistenza di un interesse transfrontaliero certo dovrebbe essere effettuata dal giudice del rinvio prima di adire la Corte (v., in tal senso, sentenza del 17 dicembre 2015, *UNIS e Beaudout Père et Fils*, C-25/14 e C 26/14, EU:C:2015:821, punto 28).

69. — Alla luce dei suesposti rilievi, la prima questione pregiudiziale sollevata nella causa C-67/15 è irricevibile.

70. — Per quanto riguarda la causa C-458/14, occorre poi constatare che una normativa come quella di cui ai procedimenti principali, tenuto conto del differimento che introduce, ritarda il rilascio delle concessioni mediante una procedura trasparente di gara, cosicché si deve ritenere che una normativa siffatta introduca, a danno delle imprese con sede in un altro Stato membro che potrebbero essere interessate a tali concessioni, una disparità di trattamento, vietata in linea di principio dall'art. 49 TFUE.

71. — Infine, nei limiti in cui il governo italiano fa valere che le proroghe attuate dalla normativa nazionale mirano a consentire ai concessionari di ammortizzare i loro investimenti, occorre precisare che una siffatta disparità di trattamento può essere giustificata da motivi imperativi di interesse generale, in particolare dalla necessità di rispettare il principio della certezza del diritto (v., in tal senso, sentenze del 17 luglio 2008, *ASM Brescia*, C-347/06, EU:C:2008:416, punto 64, nonché del 14 novembre 2013, *Belgacom*, C-221/12, EU:C:2013:736, punto 38).

72. — In tal senso, è stato statuito che il principio della certezza del diritto, nel caso di una concessione attribuita nel 1984, quando non era ancora stato dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo avrebbero potuto essere soggetti a obblighi di trasparenza, esige che la risoluzione di siffatta concessione sia 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 (v., in tal senso, sentenze del 17 luglio 2008, *ASM Brescia*, C-347/06, EU:C:2008:416, punti 70 e 71, nonché del 14 novembre 2013, *Belgacom*, C-221/12, EU:C:2013:736, punto 40).

73. — Tuttavia le concessioni di cui ai procedimenti principali sono state attribuite quando già era stato dichiarato che i contratti

aventi un interesse transfrontaliero certo dovevano essere soggetti a obblighi di trasparenza, cosicché il principio della certezza del diritto non può essere invocato per giustificare una disparità di trattamento vietata in forza dell'art. 49 TFUE.

74. — Dalle suseposte considerazioni risulta che l'art. 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo.

* * *

La Corte di giustizia dichiara illegittima la proroga automatica *ex lege* delle concessioni turistico-ricreative. Il legislatore italiano risponde confermando la validità dei rapporti in atto.

SOMMARIO — 1. L'art. 37 c. nav. e i successivi interventi del legislatore italiano in materia di rilascio e rinnovo delle concessioni demaniali — 2. Il principio della libertà di stabilimento nella dir. 2006/123/CE e nell'art. 49 TFUE — 3. La posizione della Corte di giustizia — 4. Effetti della pronuncia e ulteriori sviluppi legislativi.

1. *L'art. 37 c. nav. e i successivi interventi del legislatore italiano in materia di rilascio e rinnovo delle concessioni demaniali* — La pronuncia in epigrafe trae origine da due vicende similari, aventi ad oggetto la cessazione del titolo di concessione demaniale nonostante il regime di proroga automatica *ex lege* introdotto dal d.l. 30 dicembre 2009 n. 194.

L'amministrazione e gestione dei beni del demanio marittimo ha formato oggetto di un lungo processo evolutivo che, attraverso una serie di passaggi successivi, non sempre del tutto lineari, ha condotto il Comune a subentrare nella maggior parte delle funzioni originariamente attribuite all'autorità marittima ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Sull'argomento esiste ormai ampia letteratura. V. fra gli altri: *La gestione del demanio marittimo dallo Stato alle Regioni ai Comuni*, Milano, 2002; L. ANCIS, *Tendenze evolutive delle concessioni turistico ricreative sul demanio marittimo*, in *Dir. trasp.* 2006, 157 ss.; C. ANGELONE, *Il riparto di funzioni sul demanio marittimo e nel mare territoriale*, in *Scritti per F. Berlingieri*, Genova, 2010, 38 ss.; E. AFFANNATO, *Il riparto delle competenze fra lo Stato, le Regioni e gli enti locali in materia di titolarità e gestione dei porti turistici*, in *Giureta* 2012, 67 ss.; N. CARNIMEO, *Il demanio marittimo nella prospettiva federalista*, in *Effetti economici e sociali del federalismo demaniale in Puglia* (a cura di Caputi Jambrenghi), Bari, 2012, 91 ss.; V. CUCCU, *Ricostruzione del rapporto fra profili dominicali e gestionali del demanio marittimo*, in *Demanio marittimo e porti*

Fra queste particolare rilievo assume il potere di concedere a terzi, compatibilmente con le esigenze del pubblico uso, l'occupazione e l'impiego anche esclusivo dei relativi beni (art. 36, primo comma, c. nav.).

L'art. 37 c. nav. precisa che in caso di pluralità di domande dovrà preferirsi chi abbia prospettato maggiori garanzie di impiego proficuo e un uso conforme al più rilevate interesse pubblico.

Riguardo alle concessioni per finalità turistico-ricreative la norma, nel testo risultante dalla riforma del 2003, prevedeva anche che:

- 1) per i rapporti di nuova costituzione si sarebbero dovuti preferire gli usi con attrezzature e impianti amovibili; mentre
- 2) in caso di rinnovo avrebbe dovuto riconoscersi prevalenza ai concessionari uscenti.

In via del tutto residuale, cioè quando nessuna delle predette condizioni fosse stata soddisfatta, si sarebbe dovuto procedere a licitazione privata ⁽²⁾.

Per le concessioni turistico-ricreative il sistema, costruito intorno al cosiddetto diritto di insistenza, finiva per rimettere alla volontà del concessionario uscente la fine del rapporto con l'amministrazione, vantando in ogni caso questi, salvo nelle rare ipotesi di revoca o decadenza, il diritto di essere preferito rispetto ad ogni altro aspirante utilizzatore ⁽³⁾.

Per questo, con lettera del 29 gennaio 2009, la Commissione europea attivò una procedura di infrazione nei confronti della Repubblica italiana, sollevando forti dubbi sulla conformità di tali meccanismi col principio della libertà di stabilimento (art. 43 TCE, ora art. 49 TFUE) ⁽⁴⁾.

In risposta alle osservazioni di Bruxelles, il legislatore italiano, con l'art. 1, comma 18, d.l. 30 dicembre 2009 n. 194, eliminò il secondo periodo dell'art. 37, secondo comma, c. nav., facendo venir meno il diritto di preferenza. Nell'intento di salvaguardare le ragioni dei titolari di concessioni in corso, introdusse però anche un regime provvisorio di proroga *ex lege*, al 31 dicembre 2012, delle autorizzazioni in atto al 30 dicembre 2009.

(a cura di Tullio-Deiana), Cagliari, 2014, 69 ss.; A. LEFEBVRE D'OVIDIO-G. PESCATORE-L. TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione*, XIV ed., Milano, 2016, 108 ss.

⁽²⁾ Su quest'ultimo concetto v. fra gli altri E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2016, 606. Il secondo e terzo comma dell'art. 37 c. nav. avevano già formato oggetto di riforma da parte dell'art. 2, d.l. 5 ottobre 1993 n. 400.

⁽³⁾ Così E. AMANTE, *La Corte di giustizia si pronuncia sulla proroga automatica delle concessioni demaniali, il legislatore interno corre ai ripari: due passi avanti e uno indietro in favore della concorrenza*, in *Riv. giur. urb.* 2/2016, 97 ss. Sul diritto di insistenza v. fra gli altri: S. CASSESE, *Concessione di beni pubblici e diritto di insistenza*, in *Giorn. dir. amm.* 2003, 355 ss.; C. CALLERI, *Diritto di insistenza e interpretazione dell'art. 37 c. nav.*, in *Dir. trasp.* 2008, 467 ss.; V. BATTISTELLA, *Il rinnovo delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo: fine di un automatismo*, in *Dir. mar.* 2015, 617 ss.

⁽⁴⁾ V. COM 29 gennaio 2009 n. 328, proc. n. 2008/4908.

In sede di conversione del decreto, avvenuta con l. 26 febbraio 2010 n. 25, inoltre, il legislatore inserì un richiamo che, facendo salvi gli effetti dell'art. 3, comma 4-*bis*, d.l. 5 ottobre 1993 n. 400, finì per sottoporre tutte le concessioni demaniali marittime a finalità turistico-ricreativa ad un regime di scadenza sessennale con rinnovo automatico.

La proroga venne poi fatta slittare dapprima fino al 31 dicembre 2015, per essere poi successivamente portata al 31 dicembre 2020 ⁽⁵⁾.

Con lettera complementare di messa in mora del 10 maggio 2010, la Commissione contestò all'Italia di aver in questo modo reso sostanzialmente inefficace l'abrogazione del diritto di insistenza, denunciando ancora una volta il palese conflitto fra il sistema in atto e gli art. 12 dir. 2006/123/CE e 49 TFUE ⁽⁶⁾.

Il regime di proroga automatica di sei anni in sei anni venne definitivamente eliminato dall'art. 11, comma 1, lett. *a*, l. 15 dicembre 2011 n. 217, con la conseguente archiviazione della procedura comunitaria di infrazione.

Rimaneva la proroga al 2020 dei rapporti in atto, che a distanza di pochi mesi il legislatore italiano estese, coll'art. 1, comma 547, l. 24 dicembre 2012 n. 228, alle concessioni demaniali di beni lacuali e fluviali a finalità turistico-ricreativa, nonché a quelle relative alla nautica da diporto.

Tale complesso e frammentario processo evolutivo determinò una situazione di profonda incertezza sulla sorte dei rapporti in corso.

2. Il principio della libertà di stabilimento nella dir. 2006/123/CE e nell'art. 49 TFUE — Il TAR Lombardia sottopose ai giudici di Lussemburgo la questione della compatibilità con i principi comunitari della libertà di stabilimento, di non discriminazione e di tutela della concorrenza il sistema di proroga automatica delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali. Il TAR Sardegna aggiunse la questione del possibile conflitto con l'art. 12 dir. 2006/123/CE.

Individuate le condizioni e i criteri da seguire quando uno Stato membro voglia subordinare l'accesso e l'esercizio di una determinata attività di servizio ad un regime autorizzativo, e precisato che tale potere non potrà comunque essere esercitato con intenti discriminatori, l'art. 12 dir. 2006/123/CE prevede che:

1) quando la scarsità delle risorse disponibili o delle capacità tecniche per la loro utilizzazione limitino il numero dei titoli rilasciabili per la me-

⁽⁵⁾ Il primo termine venne prorogato direttamente in sede di conversione del decreto-legge, con l. 26 febbraio 2010 n. 25. La proroga al 31 dicembre 2015 fu invece disposta dall'art. 34-*duodecies* d.l. 18 ottobre 2012 n. 179, convertito con modificazione nella l. 17 dicembre 2012 n. 221.

⁽⁶⁾ V. COM 5 maggio 2010 n. 2734, proc. n. 2008/4908.

desima attività, la selezione dovrà essere affidata a procedure di gara con adeguate garanzie di imparzialità, trasparenza e pubblicità;

2) l'autorizzazione dovrà comunque avere una durata limitata, senza rinnovi automatici né preferenze a favore del concessionario uscente;

3) soltanto in fase di predisposizione delle regole destinate a disciplinare la selezione, gli Stati potranno tener conto di eventuali ragioni di interesse generale, purché conformi al diritto comunitario, in primo luogo quelle di salute pubblica, politica sociale, salvaguardia della salute e sicurezza dei lavoratori, protezione dell'ambiente e tutela del patrimonio culturale.

Gli art. 49, 56 e 106 TFUE prevedono invece un generale divieto di restrizioni alla libertà di stabilimento o alla libera prestazione di servizi da parte di cittadini europei nel territorio di uno Stato membro diverso da quello di appartenenza, imponendo a ciascun Paese la pronta rimozione di ogni misura illegittima (7).

3. *La posizione della Corte di giustizia* — La soluzione offerta dalla Corte di giustizia appare nel complesso condivisibile, anche se talvolta emerge una certa frettosità nell'esaminare aspetti non del tutto marginali delle questioni sottoposte al suo esame (8).

L'intero ragionamento si regge sul presupposto che quando un settore del diritto ha formato oggetto di specifiche misure di armonizzazione, come nel caso di specie la prestazione di servizi subordinati al controllo del Paese di stabilimento, i provvedimenti dei singoli Stati dovranno essere valutati direttamente alla luce del diritto derivato. Al TFUE si potrà pertanto ricorrere soltanto quando non esistano norme specifiche direttamente applicabili.

Muovendo da tale premessa la Corte ha innanzi tutto esaminato la compatibilità del sistema italiano con l'art. 12 dir. 2006/123/CE, soffermandosi in primo luogo sui presupposti per la sua applicazione.

(7) Sul conflittuale rapporto fra le norme italiane sulle concessioni demaniali marittime e i principi comunitari v. fra gli altri: G. BALOCCO, *La concessione demaniale marittima tra diritto interno e principi comunitari*, in *Giur. it.* 2011, 444 ss.; G. MARCHEGIANI, *Le concessioni di beni del demanio marittimo alla luce del diritto UE*, in *Giust. amm.* 2016, X.

(8) La pronuncia in epigrafe non ha tardato ad imporsi all'attenzione della dottrina. V. in particolare le note di commento: E. AMANTE, *La Corte di giustizia*, cit., 98 ss.; L. GRISELLI, *Concessioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2016, 1293 ss.; L. DI GIOVANNI, *Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga ex lege*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2016, 912 ss.; E. NESI-R. RIGHI, *Osservazioni sulla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea 14 luglio 2016, con particolare riferimento ai suoi effetti sui rapporti concessori in atto*, in *Giust. amm.* 2016, XI; G. BELLITTI, *La direttiva Bolkestein e le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali*, in *Giorn. dir. amm.* 2017, 60 ss.

Riguardo al carattere limitato delle autorizzazioni rilasciabili per la stessa attività, i giudici di Lussemburgo hanno correttamente ritenuto spettante al giudice nazionale il compito di verificare la sussistenza di tale condizione e con essa i requisiti per l'applicazione del diritto comunitario derivato, aggiungendo però che elemento rilevante ai fini di tale accertamento deve considerarsi l'assegnazione al Comune della relativa competenza.

In realtà, però, il carattere limitato o meno delle concessioni rilasciabili per la stessa attività non ha niente a che vedere col livello dell'amministrazione pubblica coinvolta, dipendendo dall'oggetto specifico dell'attività stessa e soprattutto dalla particolare natura dello strumento utilizzato per la sua esecuzione, soprattutto quando si tratti di risorse naturali come le rive del mare, di fiumi o laghi.

Nel nostro Paese, inoltre, la distribuzione delle funzioni fra l'amministrazione centrale e periferica risponde a principi di carattere costituzionale, e ad esigenze di politica generale, rivolti a garantire la minima distanza possibile fra l'autorità amministrativa e i destinatari delle sue decisioni.

Pertanto quando si imponga la necessità di garantire l'esercizio unitario di una funzione, nulla impedirebbe allo Stato di riservarsi la competenza in ordine al rilascio di concessioni aventi ad oggetto risorse o attività limitate. Allo stesso modo, ove non vi sia la medesima esigenza, il Comune potrebbe anche essere investito del compito di autorizzare lo svolgimento di attività per le quali le risorse naturali disponibili non sono in numero ridotto.

Nell'affrontare i presupposti della norma in esame, la Corte di giustizia avrebbe potuto soffermarsi anche su un'altra non secondaria questione.

Nel regime introdotto dalla cosiddetta direttiva Bolkestein la predisposizione di procedure di gara trasparenti e imparziali è richiesta soltanto in presenza di una molteplicità di domande per lo stesso uso. Pur non essendo stati chiamati a pronunciarsi sul punto, i giudici di Lussemburgo avrebbero dunque potuto più chiaramente sbilanciarsi sul fatto che, pur dovendo le autorizzazioni essere sempre rilasciate in base a criteri non discriminatori e trasparenti, la procedura selettiva non è obbligatoria in presenza di un solo istante.

Perfettamente condivisibili sono invece le conclusioni cui la Corte è pervenuta in ordine agli effetti della norma.

Quando la dir. 2006/123/CE sia concretamente applicabile, dovrà infatti considerarsi contraria alla libertà di stabilimento e dunque assolutamente discriminatoria ogni misura nazionale rivolta ad introdurre criteri di rinnovo automatico dei rapporti in atto, costituendo tale sistema nient'altro che un espediente per evitare, o quanto meno rinviare *sine die*, la procedura della gara.

Altrettanto condivisibile appare la posizione espressa in ordine al fatto che tale proroga automatica non possa considerarsi giustificata dalla neces-

sità di garantire ai gestori l'ammortamento degli investimenti sostenuti nella legittima aspettativa del rinnovo ⁽⁹⁾.

A parte ogni considerazione sul fatto che nell'attuale sistema di integrazione comunitaria possa considerarsi legittimo l'affidamento determinato da una volontaria, reiterata e ripetutamente contestata condotta illecita di uno Stato membro, è vero infatti che la dir. 2006/123/CE consente a ciascun legislatore nazionale di tener conto di motivi imperativi di interesse generale e che fra questi può a pieno titolo rientrare la necessità di salvaguardare gli investimenti.

Tale elemento, tuttavia, non potrà in alcun caso giustificare discriminazioni, per questo potrà formare oggetto di considerazione solo al momento della predisposizione delle regole destinate a governare la procedura selettiva. Non potrà mai invece giustificare proroghe tacite o rinnovi automatici del rapporto.

La Corte ha aggiunto che gli Stati, quando intendano rilasciare concessioni che non rientrano nell'ambito di operatività delle singole direttive comunitarie, saranno comunque tenuti ad osservare i principi fondamentali del TFUE, in particolare quelli sulla libertà di stabilimento e di prestazione di servizi in ambito comunitario (art. 49 e 56 TFUE).

I giudici hanno affermato in particolare che, in una situazione di potenziale coinvolgimento delle esigenze di operatori di altri Stati membri, da tempo definito interesse transfrontaliero certo, la mancanza di trasparenza nel rilascio di concessioni ad imprese dello Stato concedente deve considerarsi discriminatoria ⁽¹⁰⁾.

Tale requisito, ha aggiunto la Corte, va valutato sulla base dell'importanza economica dell'appalto, del luogo della sua esecuzione, dei suoi connotati tecnici e di ogni altra caratteristica rilevante.

Muovendo dal presupposto che anche in questo caso debba essere il giudice del rinvio a verificare la sussistenza di tale interesse, e dunque la ricorrenza degli estremi per l'applicazione dei principi comunitari, i giudici di Lussemburgo hanno fornito una soluzione diversa in ordine alle due questioni.

L'interesse transfrontaliero certo è stato infatti ritenuto sussistente, soprattutto per via della collocazione geografica dei beni assentiti, solo in relazione alle concessioni del Lago di Garda.

⁽⁹⁾ V. sul punto E. AMANTE, *La Corte di giustizia*, cit., 98 ss. In termini parzialmente diversi E. NESI-R. RIGHI, *Osservazioni sulla sentenza*, cit.

⁽¹⁰⁾ Sul concetto di interesse transfrontaliero certo v. in particolare C. giust. CE 13 novembre 2007, C-507/03, *Commissione c. Irlanda*, in *Racc.* 2007, I, 9777. Sull'argomento v. fra gli altri D. DIVERIO, *La Corte di giustizia ancora alla prova delle situazioni puramente interne: gli art. 43 e 49 TCE sono applicabili agli appalti di servizi non prioritari*, in *Dir. pubbl. comp. eur.* 2008, 436 s.

4. *Effetti della pronuncia e ulteriori sviluppi legislativi* — La sentenza in epigrafe ha il merito di aver precisamente individuato la portata applicativa dei canoni comunitari dell'imparzialità, trasparenza e pubblicità nelle procedure per l'assegnazione e l'eventuale rinnovo delle concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative.

La possibilità di accordare una qualche preferenza al concessionario uscente e l'eventualità di rinnovi automatici è stata in sostanza ammessa, ma avrà comunque una portata assai limitata, riguardando soltanto le fattispecie non ricadenti nell'ambito di operatività dell'art. 12 dir. 2006/123/CE e degli art. 49 e 56 TFUE.

Riguarderà essenzialmente rapporti con un solo istante oppure aventi ad oggetto attività di rilevanza talmente modesta da escludere alla radice l'interesse di ogni potenziale concorrente di un altro Stato comunitario ⁽¹¹⁾.

Ben più dirimenti saranno gli effetti della sentenza sui rapporti in atto.

Non sembrano infatti esserci dubbi sul fatto che tutti i giudici nazionali, e non solo i due TAR che hanno sollevato la questione, saranno tenuti a disapplicare nei procedimenti pendenti l'art. 1, comma 18, d.l. 194/2009 nella parte in cui prevede la proroga *ex lege* fino al 31 dicembre 2020 dei rapporti in atto ⁽¹²⁾.

Ma soprattutto le pubbliche amministrazioni, in particolare quelle comunali, non potranno che prendere atto dell'illegittimità del sistema, applicando direttamente l'art. 12 dir. 2006/123/CE, con l'effetto di dover considerare cessati i rapporti a suo tempo scaduti, attivandosi nella predisposizione di procedure idonee per la scelta imparziale e trasparente dei futuri concessionari ⁽¹³⁾.

Tutto ciò suggerisce di considerare non più procrastinabile un intervento stabile ed organico sulla materia, superando le solite logiche di intervento emergenziale.

In direzione ostinatamente contraria si è mosso il legislatore italiano che, in sede di conversione del d.l. 24 giugno 2016 n. 113, con l. 7 agosto 2016 n. 160, ha aggiunto all'art. 24 un comma, il 3-*septies*, con il quale, a soli 23 giorni dalla pronuncia della Corte e soprattutto nel chiaro intento di eluderne gli effetti, ha previsto una sorta di sigillo pubblico di validità sui rapporti già a suo tempo prorogati.

⁽¹¹⁾ Sul punto v. in particolare E. NESI-R. RIGHI, *Osservazioni sulla sentenza*, cit., secondo i quali la sentenza finisce per reintrodurre «un meccanismo di tutela per i concessionari uscenti, la cui attuazione è rimessa al legislatore statale».

⁽¹²⁾ Sul punto la dottrina sostanzialmente concorda. V. fra gli altri E. AMANTE, *La Corte di giustizia*, cit., 108.

⁽¹³⁾ Per G. MARCHEGIANI, *Le concessioni di beni del demanio marittimo*, cit., «tutte le attuali concessioni demaniali marittime autorizzate in violazione delle disposizioni dei suddetti due articoli devono considerarsi decadute per effetto del primato del diritto UE rispetto al diritto nazionale».

Si è in particolare previsto che, in attesa del sempre prospettato ma ancora non realizzato organico riordino della materia, «conservano validità i rapporti già instaurati e pendenti in base all'art. 1, comma 18, d.l. 30 dicembre 2009 n. 194 convertito, con modificazioni, nella l. 26 febbraio 2010 n. 25».

Tale ultimo intervento dimostra ancora una volta la forte resistenza del nostro Paese al superamento della situazione attuale, ma soprattutto denota un atteggiamento gravemente recidivo nell'elusione dei principi di derivazione comunitaria, almeno in relazione alle modalità di rilascio, scelta e rinnovo delle concessioni per finalità turistico-ricreative.

LUCA ANCIS