

ANNO CXIX – TERZA SERIE
FASCICOLO III – LUGLIO-SETTEMBRE 2017

IL DIRITTO MARITTIMO

RIVISTA TRIMESTRALE DI DOTTRINA GIURISPRUDENZA LEGISLAZIONE
ITALIANA E STRANIERA
FONDATA NEL 1899 DA FRANCESCO BERLINGIERI

DIREZIONE - REDAZIONE ED AMMINISTRAZIONE
GENOVA - VIA ROMA, 10

S O M M A R I O

DOTTRINA

VASCO BECKER-WEINBERG – <i>From legal warfare to legal cooperation: the China-Philippines relation in the South China sea beyond the arbitration</i>	pag. 621
STEFANO DOMINELLI – <i>Transfer of suspected pirates and human rights: axiomatic theories, state practice, and judicial interventions – a european perspective on some possible shortcomings of the current international legal framework</i>	» 647
MARIJA PIJACA - MARJANA BOTIĆ – <i>Comparative analysis of legal framework for offshore hydrocarbon exploration and exploitation</i>	» 676
STEFANO RUGGERI – <i>Azione e prova nei rapporti tra procedimento penale e indagini di sicurezza nei trasporti. Un'analisi orientata ai diritti della persona...</i>	» 694

NOTE E OSSERVAZIONI A SENTENZA

ANGELO BOGLIONE – <i>Portata e interpretazione della warranty di pre-shipment survey nell'assicurazione marittima di uno yacht da trasportare via mare....</i>	» 828
ANGELO BOGLIONE – <i>“Fraudulent Claim” e “Fraudulent Device”: considerazioni di ordine normativo e sanzionatorio, in materia assicurativa marittima, al vaglio della massima autorità giurisdizionale inglese</i>	» 840
LUCA CAROTENUTO – <i>La vicenda “Ow Bunker”: l'intervento della Corte di strettuale di New York</i>	» 846
ESTHER DALFINO – <i>Il rapporto di lavoro nautico a tempo determinato: riflessioni in tema di specialità del diritto della navigazione e sulla indennità risarcitoria prevista per il caso di illegittimità del contratto</i>	» 752
LUIGI FUMAGALLI – <i>Contratto internazionale e legge regolatrice: nessuna preclusione per l'accertamento del diritto straniero</i>	» 780
LEONIDA GIUNTA – <i>I danni causati da correnti galvaniche ad una imbarcazione all'ormeggio in un porticciolo turistico non sono addebitabili al gestore di quest'ultimo</i>	» 798
MARCO MASTROPASQUA – <i>I documenti al “bar”, il carico a terzi. Quando la prassi portuale supera la fantasia. Brevi note in tema di ordini di consegna</i>	» 810
ANDREA MOZZATI – <i>L'assegnazione delle aree demaniali per finalità turistico-creative e il diritto europeo</i>	» 717
EMILIO PIOMBINO – <i>Pirateria, avaria comune e spese sostitutive: il caso “Longchamp”</i>	» 833
SIMONE PITTO – <i>Riflessioni a margine dell'intervento della Corte costituzionale 29/2017 sull'aumento dei canoni delle concessioni destinate alle strutture per la nautica da diporto</i>	» 744
MATTEO TIMO – <i>La Corte di Cassazione torna sul tema dell'esposizione all'asbesto nel lavoro portuale</i>	» 767
MATTEO TIMO – <i>La responsabilità datoriale dell'Autorità portuale per malattia asbesto correlata</i>	» 815
CHIARA TINCANI – <i>L'attività di ormeggio e le caratteristiche dei concorsi volti alla selezione di chi la può esercitare</i>	» 790
EMILIA VERMIGLIO – <i>Concessioni di beni demaniali marittimi e concessioni di servizi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE: una distinzione dai contorni sempre più sfumati?</i>	» 726

GIURISPRUDENZA DELL'UNIONE EUROPEA*

Corte di Giustizia UE, Sez. V, 14 luglio 2016	pag. 714
-----------------------------------------------------	----------

GIURISPRUDENZA ITALIANA*

Corte Costituzionale 27 gennaio 2017, n. 29	» 743
Corte di Cassazione 10 maggio 2016 n. 9468	» 752
Corte di Cassazione, Sez. Lavoro, 21 settembre 2016 n. 18503	» 766
Corte di Cassazione, 29 dicembre 2016 n. 27365	» 779
Consiglio di Stato 21 aprile 2017 n. 01872	» 790
Corte d'Appello di Messina 15 aprile 2015	» 796
Corte d'Appello di Genova 1 ottobre 2015	» 797
Tribunale di Napoli 28 ottobre 2015	» 810
Tribunale di Napoli 29 giugno 2016	» 814
Tribunale di Forlì 28 settembre 2016	» 827

GIURISPRUDENZA FRANCESE*

Cour de Cassation 11 aprile 2017	» 831
----------------------------------------	-------

GIURISPRUDENZA INGLESE*

Court of Appeal 13 luglio 2016	» 832
Supreme Court 20 luglio 2016	» 839

GIURISPRUDENZA DEGLI STATI UNITI*

Southern District of New York 8 aprile 2016	» 845
---------------------------------------------------	-------

SOMMARIO DELLA GIURISPRUDENZA**GIURISPRUDENZA DELL'UNIONE EUROPEA**

DEMANIO – Demanio del Lago di Garda – Concessioni demaniali – Proroga automatica – Assenza di procedura di selezione tra potenziali candidati.	
DEMANIO MARITTIMO – Concessioni demaniali per attività turistico-ricreativa – Proroga automatica – Contrasta con art. 49 TFUE. <i>Corte di Giustizia UE, Sez. V, 14 luglio 2016</i> (con nota di A. MOZZATI e E. VERMIGLIO)	» 714

GIURISPRUDENZA ITALIANA

ASSICURAZIONE – Assicurazione stipulata da un mandatario dell'assicurato – Accettazione implicita da parte dell'assicurato.

ASSICURAZIONE – Assicurazione contro i rischi del trasporto – Previsione della presenza di un perito dell'assicuratore al momento dell'imbarco – Ha natura di condizione potestativa – Mancato avveramento – Inefficacia del contratto.

* I testi delle sentenze sono pubblicati sul sito web della Rivista www.dirmar.com

ASSICURAZIONE – Assicurazione contro i rischi del trasporto – Applicazione del diritto inglese – Inadempimento di obbligo assunto dall'assicurato – Effetti. <i>Trib. Forlì</i> 28 settembre 2016 (con nota di A. BOGLIONE)	pag. 827
AUTORITÀ PORTUALE DI NAPOLI – Responsabilità per colpa dell'Ente Autonomo del Porto di Napoli. <i>Trib. Napoli</i> 29 giugno 2016 (con nota di M. TIMO)	» 814
DEMANIO MARITTIMO – Canoni tabellari – Nuovi criteri – Impianti e infrastrutture realizzate dal concessionario – Inapplicabilità. <i>Corte Cost.</i> 27 gennaio 2017, n. 29 (con nota di S. PITTO)	» 743
DIPORTO – Contratto di ormeggio – Danni da correnti galvaniche ad una imbarcazione – Responsabilità della società che gestisce gli ormeggi – Non sussiste. <i>App. Genova</i> 1 ottobre 2015 (con nota di L. GIUNTA)	» 797
DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO – Criteri di collegamento – Applicazione d'ufficio. <i>Cass.</i> , 29 dicembre 2016 n. 27365 (con nota di L. FUMAGALLI)	» 779
LAVORO – Azione degli eredi di un lavoratore – Competenza del giudice del lavoro.	
LAVORO – Morte di lavoratore portuale per mesotelioma pleurico – Nesso di causalità.	
LAVORO – Morte di lavoratore per contatto con fibre di amianto – Diritto degli eredi al risarcimento dei danni. <i>Trib. Napoli</i> 29 giugno 2016 (con nota di M. TIMO)	» 814
LAVORO MARITTIMO – Esercizio di attività pericolosa – Responsabilità del datore di lavoro – Presupposti.	
LAVORO MARITTIMO – Esercizio di attività pericolosa – Esposizione all'amianto – Responsabilità del datore di lavoro – Presupposti. <i>Cass., Sez. Lavoro</i> , 21 settembre 2016 n. 18503 (con nota di M. TIMO)	» 766
LAVORO MARITTIMO – Lavoro a tempo determinato – Indennità ex art. 32, comma 5, l. 4 novembre 2010, n. 183 – Suo carattere globale – Applicazione anche al lavoro nautico. <i>Cass.</i> 10 maggio 2016 n. 9468 (con nota di E. DALFINO)	» 752
PORTI – Ormeggiatori – Disciplina pubblicistica dell'esercizio della professione.	
PORTI – Ormeggiatori – Concorsi – d.P.R. n. 487/1994 – Applicabilità – Pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale – Necessità. <i>Cons. di Stato</i> 21 aprile 2017 n. 01872 (con nota di C. TINCANI)	» 790
TRASPORTO DI PERSONE – Distinzione tra sinistro a causa del trasporto e sinistro in occasione del trasporto – Onere della prova per sinistro in occasione del trasporto. <i>App. Messina</i> 15 aprile 2015 (con rich. di M. MASTROPASQUA)	» 796
TRASPORTO MARITTIMO – Ordine di consegna sull'impresa di sbarco – Consegnata della merce senza verifica della legittimazione della persona che presenta il documento – Responsabilità dell'impresa di sbarco. <i>Trib. Napoli</i> 28 ottobre 2015 (con nota di M. MASTROPASQUA)	» 810
VENDITA DI MERCI – Legge applicabile – Erronea individuazione – Sua deduzione – Non costituisce eccezione.	
VENDITA DI MERCI – Deducibilità della violazione della legge straniera – Ricorso per cassazione.	
VENDITA DI MERCI – Legge applicabile – Individuazione delle norme applicabili – Ricerca d'ufficio da parte del giudice.	

VENDITA DI MERCI – Vendita internazionale – Legge regolatrice – Inapplicabilità della Convenzione di Vienna. <i>Cass.</i> , 29 dicembre 2016 n. 27365 (con nota di L. FUMAGALLI)	pag. 779
GIURISPRUDENZA FRANCESA	
SEQUESTRO CONSERVATIVO - CONVENZIONE DI BRUXELLES – Allegazione di un credito – È sufficiente. <i>Cour de Cassation</i> 11 aprile 2017 (con rich. di F.B.)	» 831
GIURISPRUDENZA INGLESE	
AVARIA COMUNE – Regole di York e Anversa – Cattura di una nave da parte di pirati – Costi per equipaggio e consumi durante le trattative per la riduzione del prezzo del riscatto – Regola F – Non è applicabile. <i>Court of Appeal</i> 13 luglio 2016 (con nota di E. PIOMBINO)	» 832
ASSICURAZIONE – Comunicazioni non veritieri da parte dell'assicurato – Distinzione tra comunicazioni anteriori alla assunzione del rischio e comunicazioni successive.	
ASSICURAZIONE – Comunicazioni non veritieri da parte dell'assicurato successive ad un sinistro – Comunicazioni che non influiscono sulla liquidazione del sinistro - Irrilevanza. <i>Supreme Court</i> 20 luglio 2016 (con nota di A. BOGLIONE)	» 839
GIURISPRUDENZA DEGLI STATI UNITI	
MARITIME LIEN – Sua natura in base alle sez.ni 31301-31343 del title 46 US Code.	
MARITIME LIEN – Persone per le quali sussiste la presunzione che agiscano su autorizzazione dell'owner.	
MARITIME LIEN – Fornitura di bunker – Assenza di prova della autorizzazione da parte dell'owner. <i>SDNY</i> 8 aprile 2016 (con nota di L. CAROTENUTO)	» 845
CRONACHE E NOTE	
ETTORE ROMAGNOLI – <i>Le patenti nautiche: una ricognizione generale della disciplina ed ultime novità</i>	» 858
ATTI NORMATIVI	
Regolamento (UE) 2017/1084 della Commissione del 14 giugno 2017	» 877

GIURISPRUDENZA DELL'UNIONE EUROPEA

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, SEZ. V, 14 LUGLIO 2016

CAUSE C-458/14 e C-67/15

J.L. DA CRUZ VILACA, *Pres. Rel.*

PROMOIMPRESA S.R.L. c. CONSORZIO DEI COMUNI DELLA SPONDA BRESCIANA DEL LAGO DI GARDA E DEL LAGO DI IDRO E MARIO MELIS E ALTRI c. COMUNE DI LOIRI PORTO SAN PAOLO e PROVINCIA DI OLBIA TEMPPIO nei confronti di ALESSANDRO PIREDDA E ALTRI

- [1] **Demanio – Demanio del Lago di Garda – Concessioni demaniali – Proroga automatica – Assenza di procedura di selezione tra potenziali candidati**
- [2] **Demanio marittimo – Concessioni demaniali per attività turistico-ricreativa – Proroga automatica – Contrasta con art. 49 TFUE**

Le domande di pronuncia pregiudiziale vertono sull'interpretazione dell'articolo 12 della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno (GU 2006, l. 376, pag. 36), nonché degli articoli 49, 56 e 106 TFUE.

Tali domande sono state presentate nell'ambito di due controversie. Nella prima controversia (causa C-458/14) la Promoimpresa Srl si contrappone al Consorzio dei Comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro (Italia) e alla Regione Lombardia in merito, in primo luogo, alla decisione del Consorzio di negare alla Promoimpresa il rinnovo di una concessione di cui essa beneficiava ai fini dello sfruttamento di un'area demaniale e, in secondo luogo, alla decisione della Giunta Regionale Lombardia di assoggettare l'attribuzione delle concessioni demaniali a una procedura di selezione comparativa. Nella seconda controversia (causa C-67/15) il sig. Mario Melis e altri si contrappongono al Comune di Loiri Porto San Paolo e alla Provincia di Olbia Tempio in merito a decisioni relative all'approvazione del piano di utilizzo del litorale e all'attribuzione di concessioni di beni del demanio marittimo nonché a misure con cui la polizia municipale ha ordinato al sig. Melis e altri di rimuovere tabelle attrezzature dal demanio marittimo.

CAUSA C-458/14

Con decisioni del 16 giugno e del 17 agosto 2006, il Consorzio ha rilasciato alla Promoimpresa una concessione per lo sfruttamento di un'area demaniale ad uso chiosco, bar, veranda, bagni, banchina e pontile, compresa nel demanio del Lago di Garda.

L'articolo 3 di tale concessione prevedeva la cessazione di diritto della medesima al 31 dicembre 2010, senza necessità di atti di diffida o di messa in mora e senza possibilità per il concessionario di invocare usi o consuetudini per continuare nel godimento del titolo concessorio.

Parallelamente, la Commissione europea, con una lettera di costituzione in mora notificata alla Repubblica italiana il 2 febbraio 2009, ha ritenuto che l'articolo 37 del codice della navigazione italiano fosse in contrasto con l'articolo 49 TFUE, poiché prevedeva un diritto di

Corte di Giustizia UE, Sez. V, 14-VII-2016 *Promoimpresa c. Consorzio dei Comuni della Sponda Bresciana e altri*

preferenza a favore del concessionario uscente nell'ambito della procedura di attribuzione delle concessioni del demanio pubblico marittimo. Il legislatore italiano è intervenuto al fine di eliminare tale diritto di preferenza. In seguito, in sede di conversione del decreto legge n. 194/2009 ad opera della legge n. 25/2010, il legislatore italiano ha aggiunto un rinvio a un altro testo legislativo, consentendo così il rinnovo automatico delle concessioni, di sei anni in sei anni. La Commissione, con una lettera di messa in mora complementare, datata 5 maggio 2010, ha ritenuto che tale rinvio, da un lato, privasse di ogni effetto l'eliminazione del diritto di preferenza e, dall'altro, fosse contrario sia all'articolo 12 della direttiva 2006/123 sia all'articolo 49 TFUE. Poiché il legislatore italiano ha deciso di abrogare la disposizione che consentiva tale rinvio, la Commissione ha ritenuto di poter chiudere la procedura di infrazione il 27 febbraio 2012.

Il 14 aprile 2010 la Promoimpresa ha presentato un'istanza di rinnovo della concessione di cui beneficiava, istanza che è stata respinta dal Consorzio con decisione del 6 maggio 2011. Tale diniego era basato sul fatto, da un lato, che la nuova concessione non poteva essere ottenuta sulla base di una mera domanda di rinnovo, ma solo all'esito di una procedura ad evidenza pubblica e, dall'altro, che la concessione scaduta era limitata ad una durata di cinque anni, con esclusione di qualsiasi forma di rinnovo automatico.

La Promoimpresa ha impugnato tale decisione del Consorzio dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia basandosi, in particolare, su una violazione dell'articolo 1, comma 18, del decreto legge n. 194/2009, convertito con legge n. 25/2010, in quanto tale disposizione prevede la proroga della data di scadenza delle concessioni.

Il T.A.R. Lombardia, ritenuto che il rapporto giuridico intercorrente tra la Promoimpresa e il Consorzio presenti i caratteri di una «concessione», come definita dal diritto dell'Unione, e che la normativa italiana, reiterando la proroga della durata di tali concessioni demaniali, crei una restrizione ingiustificata alla libertà di stabilimento, in particolare rendendo praticamente impossibile a qualsiasi altro concorrente l'accesso alle concessioni in scadenza, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di Giustizia la seguente questione pregiudiziale:

I principi della libertà di stabilimento, di non discriminazione e di tutela della concorrenza, di cui agli articoli 49, 56, e 106 del TFUE, nonché il canone di ragionevolezza in essi racchiuso, ostano ad una normativa nazionale che, per effetto di successivi interventi legislativi, determina la reiterata proroga del termine di scadenza di concessioni di beni del demanio marittimo, lacuale e fluviale di rilevanza economica, la cui durata viene incrementata per legge per almeno undici anni, così conservando in via esclusiva il diritto allo sfruttamento ai fini economici del bene in capo al medesimo concessionario, nonostante l'intervenuta scadenza del termine di efficacia previsto dalla concessione già rilasciatagli, con conseguente preclusione per gli operatori economici interessati di ogni possibilità di ottenere l'assegnazione del bene all'esito di procedure ad evidenza pubblica.

CAUSA C-67/15

Il sig. Melis e altri sono, per la maggior parte, gestori di attività turistico-ricreative nell'area della spiaggia del Comune di Loiri Porto San Paolo, sulla base di concessioni di beni del demanio pubblico marittimo rilasciate nel 2004 per un periodo di sei anni, successivamente prorogate per la durata di un anno.

Nel 2012 il sig. Melis e altri hanno presentato al Comune richiesta di un formale provvedimento di proroga. Tale richiesta non ha ricevuto risposta. Da tale silenzio essi hanno dedotto di essere legittimati *ex lege* a proseguire le loro attività, a decorrere dal mese di maggio 2012, conformemente all'articolo 1, comma 18, del decreto legge n. 194/2009 che prevedeva

la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per le attività turistico-ricreative.

L'11 maggio 2012 il Comune, dopo l'approvazione del piano di utilizzo dei litorali, ha pubblicato un bando per l'aggiudicazione di sette nuove concessioni demaniali marittime, alcune delle quali relative ad aree che costituivano già oggetto delle concessioni rilasciate al sig. Melis e a.

Il 5 giugno 2012 il sig. Melis e altri hanno adito il T.A.R. Sardegna chiedendo l'annullamento delle suddette decisioni del Comune. Essi hanno successivamente dedotto motivi aggiuntivi, notificati l'11 giugno 2012, estendendo così le loro censure alla decisione con cui il Comune ha proceduto all'aggiudicazione delle concessioni oggetto del bando dell'11 maggio 2012 e hanno altresì impugnato i provvedimenti con i quali la polizia municipale del Comune aveva ordinato loro di rimuovere le loro attrezzature dal demanio pubblico marittimo.

Il T.A.R. Sardegna, ritenendo che il rapporto giuridico intercorrente tra il sig. Melis e altri e il Comune presenti i caratteri di una concessione ai sensi del diritto dell'Unione e che la proroga automatica prevista dalla normativa nazionale contrasti con l'applicazione del diritto dell'Unione, in particolare dell'articolo 12 della direttiva 2006/123 nonché delle disposizioni del Trattato FUE relative alla libera prestazione dei servizi e alla libertà di stabilimento, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di Giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:

1) Se i principi della libertà di stabilimento, di non discriminazione e di tutela della concorrenza, di cui agli articoli 49, 56, e 106 del TFUE, ostano ad una normativa nazionale che, per effetto di successivi interventi legislativi, determina la reiterata proroga del termine di scadenza di concessioni di beni del demanio marittimo, di rilevanza economica;

2) Se l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE osti ad una disposizione nazionale, quale l'art. 1, comma 18 del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25, e successive modifiche ed integrazioni, che consente la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere per attività turistico-ricreative, fino al 31 dicembre 2015; ovvero fino al 31 dicembre 2020, ai sensi dell'art. 34-*duodecies* del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, inserito dall'articolo 1, comma 1, della legge 17 dicembre 2012, n. 221, di conversione del predetto decreto-legge».

Con ordinanza del 27 ottobre 2015 le due cause sono state riunite ai fini della fase orale e della sentenza.

[1] *L'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, 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 le quali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati.*

[2] *L'articolo 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.*

Scritto sottoposto a referaggio anonimo – This writing has been submitted to blind peer review

[2] Concessioni di beni demaniali marittimi e concessioni di servizi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE: una distinzione dai contorni sempre più sfumati?

SOMMARIO: 1. La proroga *ex lege* delle concessioni demaniali marittime al vaglio della Corte di Giustizia. – 1.1. Le condizioni di applicabilità dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE. – 1.2. L'art. 49 TFUE e i principi fondamentali dell'UE. – 2. I riflessi della pronuncia sul diritto interno: il demanio come fonte di servizi. – 3. Autorizzazioni, concessioni e approccio sostanzialistico della Corte di Giustizia. – 4. Concessioni di beni e concessioni di servizi – 5. *Reductio ad unum* del sistema attraverso i principi UE.

1. La proroga *ex lege* delle concessioni demaniali marittime al vaglio della Corte di Giustizia

La pronuncia della Corte di Giustizia del 14 luglio 2016 è stata emessa in due cause pregiudiziali riunite¹, C-458/14 e C67/15, aventi per oggetto i seguenti quesiti:

a) Se l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE osti ad una disposizione nazionale, quale l'art. 1, comma 18 del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25, e successive modifiche ed integrazioni, che consente la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere per attività turistico ricreative², fino al 31 dicembre

¹ La prima, è stata introdotta dal T.A.R. Lombardia che, con sentenza n. 2401/2014, ha sollevato un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea per verificare la compatibilità con il diritto dell'Unione, della disciplina nazionale di cui all'art. 1, comma 18, del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194 (convertito dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25 e successive modifiche ed integrazioni), in base alla quale è prevista la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico ricreative ancora in corso alla data di vigenza della legge.

Il giudizio presupposto innanzi al T.A.R. Lombardia aveva per oggetto il diniego di un'istanza di rinnovo di una concessione demaniale marittima in contrasto, secondo la società ricorrente, con la citata normativa, che consentiva la proroga *ex lege* della data di scadenza delle concessioni demaniali come quella oggetto di causa.

L'Amministrazione resistente aveva motivato il provvedimento di diniego, oggetto di impugnazione, rilevando che una nuova concessione poteva essere rilasciata solo all'esito di una procedura ad evidenza pubblica, con la conseguenza che doveva essere esclusa qualsiasi forma di rinnovo automatico, basata su una mera istanza di proroga.

Il giudice del rinvio, ritenendo che la proroga legislativa della durata di tali concessioni demaniali, potesse creare, per quelle transfrontaliere libere, una ingiustificata restrizione alla concorrenza, in particolare rendendo di fatto impossibile a qualsiasi altro *competitor* l'accesso alle concessioni in scadenza, ha sospeso il procedimento.

La seconda causa riunita era stata instaurata dal T.A.R. Sardegna che, con ordinanza n. 224/2015, aveva rimesso alla Corte di Giustizia la medesima questione pregiudiziale sovraesposta.

Nel giudizio pendente innanzi al T.A.R. Sardegna, i ricorrenti avevano contestato la legittimità di un bando di gara adottato dalla P.A. per l'aggiudicazione di una concessione demaniale marittima, poiché in contrasto con il silenzio assenso che i ricorrenti ritenevano si fosse formato sull'istanza di proroga di concessione demaniale che gli stessi avevano avanzato ai sensi della normativa nazionale.

² Disciplinate dagli articoli 36 e 37 del codice della navigazione. Per un commento v. F. ACERBONI, *Riflessioni in tema di concessione demaniale marittima, e obbligo a contrarre del concessionario* in questa rivista, I, 2016, pag. 131-136; V. BATTISTELLA, *Il rinnovo delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico ricreativo: fine di un automatismo*, in questa rivista, 2015, 3-4, pag. 617-625; G. TACCOGNA, *I porti turistici fra demanio marittimo, servizio pubblico, opere pubbliche, organismi di diritto pubblico ed iniziative imprenditoriali private*, in questa rivista, 2013, 4, pag. 745-784; C. ANGELONE, *Istanza di concessione demaniale marittima e procedimento amministrativo*, in questa rivista, 2009, 1, pag. 218-227; ID., *Le concessioni "stagionali" di demanio marittimo per finalità turistiche e ricreative*, in questa rivista, 2005, 3, pag. 745-767.

Corte di Giustizia UE, Sez. V, 14-VII-2016 *Promoimpresa c. Consorzio dei Comuni della Sponda Bresciana e altri*

2015; ovvero fino al 31 dicembre 2020, ai sensi dell'art. 34 *duodecies* del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, inserito dall'articolo 1, comma 1, della legge 17 dicembre 2012, n. 221, di conversione del predetto decreto-legge».

b) Se i principi della libertà di stabilimento, di non discriminazione e di tutela della concorrenza, di cui agli articoli 49, 56, e 106 del TFUE, ostano ad una normativa nazionale che, per effetto di successivi interventi legislativi, determina la reiterata proroga del termine di scadenza di concessioni di beni del demanio marittimo, di rilevanza economica.

Nello statuire circa le questioni pregiudiziali ad essa sottoposte³, la Corte di Giustizia ha distinto due ambiti di operatività della disciplina comunitaria applicabile, in riferimento al caso della proroga *ex lege* delle concessioni demaniali marittime rilasciate per finalità turistico ricreative⁴.

Il primo riguarda le disposizioni contenute nella direttiva 2006/123/CE⁵ (meglio conosciuta come "direttiva servizi Bolkestein") relativa ai servizi nel mercato interno, il cui campo di applicazione è circoscritto ai "regimi di autorizzazione"⁶, che riguardano i casi in cui, per

³ I medesimi quesiti pregiudiziali, sono stati posti anche dal Consiglio di Stato, sez. VI, con sentenza n. 3936 del 2015, il quale ha rilevato la pendenza della questione sollevata dal T.A.R. Lombardia con sent. n. 2401/2014, circa la compatibilità della proroga con i principi UE a tutela della concorrenza, rimettendo parimenti gli atti alla Corte e sospendendo il relativo procedimento in corso. La Corte di Giustizia, con ordinanza del 13 ottobre 2016, ha disposto, ex art. 100 del regolamento di procedura, la cancellazione della causa C-449/15 dal ruolo, in considerazione dell'avvenuta pronuncia sulle medesime questioni formulata dalla stessa Corte con la sentenza del 14 luglio 2016 in commento.

⁴ In seguito all'avvio di un procedimento di infrazione da parte della Commissione europea, l'articolo 1, comma 18, del decreto legge del 30 dicembre 2009, n. 194 (Proroga di termini previsti da disposizioni legislative), ha abrogato l'art. 37, secondo comma, cod. nav., nella parte in cui si prevedeva il cd. diritto di insistenza, prorogando, al contempo, fino al 31 dicembre 2012 la durata delle concessioni di beni demaniali marittimi in scadenza entro tale data. In sede di conversione in legge del decreto legge n. 194/2009, ad opera della legge del 26 febbraio 2010, n. 25 (G.U. n. 48, del 27 febbraio 2010), detta disposizione è stata modificata nel senso che la durata delle concessioni in scadenza entro il 31 dicembre 2015 fosse prorogata fino a tale data. La disposizione in esame è stata in seguito ulteriormente modificata dall'articolo 34 *duodecies* del decreto legge del 18 ottobre 2012, n. 179 (Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese) (G.U. n. 245, del 19 ottobre 2012), convertito in legge del 17 dicembre 2012, n. 221 (G.U. n. 294 del 18 dicembre 2012), che ha stabilito un'ulteriore proroga delle concessioni in corso, fino al 31 dicembre 2020. La direttiva 2006/123/CE (direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, in GUUE del 27 dicembre 2006) è trasposta nel sistema normativo italiano dal decreto legislativo del 26 marzo 2010, n. 59 (Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno) (G.U. n. 94, del 23 aprile 2010). L'articolo 16, comma 1, del d.l. 59/2010 prevede che, nelle ipotesi in cui il numero di titoli autorizzatori disponibili sia limitato per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali, le autorità competenti sono tenute a svolgere una procedura di selezione tra i candidati, mediante le necessarie forme di imparzialità, trasparenza e pubblicità. Il medesimo articolo, al comma 4, stabilisce inoltre che tali "autorizzazioni" non possono essere rinnovate automaticamente, e che gli Stati membri non possono assegnare alcun tipo di vantaggio al prestatore uscente.

⁵ Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, in GUUE del 27 dicembre 2006, recepita in Italia con d.lgs. 59/2010.

⁶ Ai sensi dell'art. 4, punto 6, di tale direttiva, un regime di autorizzazione indica «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».

l'accesso ad un servizio o al suo esercizio, è necessaria la decisione di un'autorità competente⁷.

Per verificare la compatibilità della proroga *ex lege*, la Corte fa riferimento all'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, richiamato dai giudici del rinvio.⁸

Il secondo contesto normativo di riferimento è rappresentato dall'art. 49 del TFUE, in considerazione del fatto che le concessioni di cui ai procedimenti principali comportano il diritto di stabilimento nell'area demaniale, finalizzato allo sfruttamento economico della stessa per finalità turistico ricreative⁹.

1.1. *Le condizioni di applicabilità dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE.*

Analizzando il quadro normativo italiano, nonché i fatti oggetto dei giudizi principali, la Corte ha ritenuto sussistenti le condizioni di applicazione dell'art. 12 della direttiva

⁷ Sul punto, il considerando 39 della direttiva 2006/123 recita: «*La nozione di regime di autorizzazione dovrebbe comprendere, in particolare, le procedure amministrative per il rilascio di autorizzazioni, licenze, approvazioni o concessioni, ma anche l'obbligo, per potere esercitare l'attività, di essere iscritto in un albo professionale, in un registro, ruolo o in una banca dati, di essere convenzionato con un organismo o di ottenere una tessera professionale. L'autorizzazione può essere concessa non solo in base ad una decisione formale, ma anche in base ad una decisione implicita derivante, ad esempio, dal silenzio dell'autorità competente o dal fatto che l'interessato debba attendere l'avvio di ricevimento di una dichiarazione per iniziare l'attività o affinché quest'ultima sia legittima*. Ai sensi del considerando 57 della medesima direttiva, è specificato che «*Le disposizioni della presente direttiva relative ai regimi di autorizzazione dovrebbero riguardare i casi in cui l'accesso ad un'attività di servizio o il suo esercizio da parte di operatori richieda la decisione di un'autorità competente. Ciò non riguarda né le decisioni delle autorità competenti relative all'istituzione di un ente pubblico o privato per la prestazione di un servizio particolare, né la conclusione di contratti da parte delle autorità competenti per la prestazione di un servizio particolare, che è disciplinata dalle norme sugli appalti pubblici, poiché la presente direttiva non si occupa di tali norme*».

⁸ Tale disposizione normativa si snoda attraverso tre commi che stabiliscono il procedimento e le modalità di rilascio di una autorizzazione comunitariamente intesa. Ai sensi del primo comma, per il rilascio di autorizzazioni al compimento di una attività che impegni risorse naturali limitate, gli Stati membri sono obbligati a eseguire una procedura di selezione tra i potenziali candidati, garantendo l'imparzialità e la trasparenza, mediante un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento. In tali casi, l'Unione impone agli Stati membri, alla stregua di quanto sancito al secondo comma dell'art. 12, il rilascio di un'autorizzazione solo per una adeguata durata limitata, senza prevedere procedure di rinnovo automatico né, tanto meno, accordare altri vantaggi al concessionario uscente o a soggetti a quest'ultimo legati da un determinato rapporto giuridico. Infine, nello stabilire le regole della procedura di selezione, è comunque consentito agli Stati membri, ex art. 12, comma 3, della stessa direttiva, prendere in considerazione motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto dell'UE; tra questi motivi la norma cita, a titolo esemplificativo, quelli di salute pubblica, gli obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale.

⁹ Il Trattato vieta le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro, con la conseguenza che esso si applica alle ipotesi in cui si verta su questioni di interesse transfrontaliero. La libertà di stabilimento sancita all'art. 49 TFUE, intimamente connessa alla libertà di prestazione di servizi riconosciuta ai cittadini dell'Unione, si collega al generale divieto di discriminazione. Al momento del rilascio di una concessione, l'eventuale disparità di trattamento, secondo costante giurisprudenza della Corte (v. in tal senso, sentenze del 17 luglio 2008, *ASM Brescia*, C-347/06, punto 64, nonché del 14 novembre 2013, *Belgacom*, C-221/12, punto 38), può essere consentita solo in via eccezionale, esclusivamente per ragioni di certezza del diritto riconducibili a motivi imperativi di interesse generale.

Corte di Giustizia UE, Sez. V, 14-VII-2016 *Promoimpresa c. Consorzio dei Comuni della Sponda Bresciana e altri*

2006/123/CE alle concessioni demaniali marittime e lacuali rilasciate per finalità turistico ricreative¹⁰.

Ai fini del diritto dell'Unione, sono definite autorizzazioni tutte quelle procedure che obbligano l'interessato a rivolgersi all'Autorità competente al fine di ottenere una decisione formale per l'accesso ad una determinata attività di servizio, o al suo esercizio¹¹. Ciò a prescindere dal *nomen iuris* attribuito al provvedimento dell'Autorità, in quanto il *considerando* 39 della direttiva in esame precisa che all'interno della nozione di "regime di autorizzazione" devono anche ricomprendersi le procedure amministrative per il rilascio di concessioni¹².

A tal punto, la Corte evoca una differenza rilevante tra concessione di beni demaniali e concessione di servizi pubblici, precisando la linea di confine tra la direttiva 2006/123/CE e la direttiva 2014/23¹³ sull'aggiudicazione delle concessioni, al fine di definirne i relativi ambiti di applicazione.

Per operare tale distinzione, la Corte richiama il *considerando* 57 della direttiva 2006/123, secondo cui i regimi di autorizzazione oggetto di tale direttiva non attengono alla conclusione di contratti, da parte delle autorità competenti, per la fornitura di un determinato servizio, che rientra invece nelle norme relative agli appalti pubblici.

La Corte definisce concessione di servizi il trasferimento del diritto di gestire un servizio da un'autorità al concessionario, il quale gode di una certa libertà economica nello stabilire le condizioni di esercizio di tale diritto, essendo allo stesso tempo esposto a tutti i rischi connessi alla gestione¹⁴.

Viceversa, le concessioni riguardanti beni demaniali marittimi consistono nell'autorizzazione ad esercitare un'attività economica in un'area demaniale, e non vertono su una prestazione di servizi determinata dall'ente aggiudicatore.

Di conseguenza, le concessioni di cui ai procedimenti principali, aventi ad oggetto aree

¹⁰ In particolare, spiega la Corte, l'ambito in cui iscrivere le procedure in questione attiene ai casi in cui il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato a causa della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili. Le concessioni demaniali marittime oggetto dei giudizi principali riguardano, infatti, risorse naturali limitate, posto che le aree in questione sono situate sulle coste marittime o lacuali. Quanto alla scarsità di tali risorse, la Corte specifica che si tratti di un requisito che deve essere valutato caso per caso dal giudice nazionale, verificando se le concessioni debbano essere oggetto, in concreto, di un numero limitato di autorizzazioni. Per un approfondimento, v. C. ANGELONE, *Profili evolutivi della disciplina delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico e ricreativo: durata, finalità, competenze*, in *Dir. trasp.*, 1999, pag. 807; ID., *Le concessioni «stagionali» di demanio marittimo per finalità turistiche e ricreative*, in *Dir. mar.*, 2005, pag. 745; L. ANCIS, *Tendenze evolutive delle concessioni turistico-ricreative sul demanio marittimo*, in *Dir. trasp.*, 2006, pag. 157 ss.; C. FIORILLO, *Concessioni di aree demaniali marittime con finalità turistico-ricreative: contrasti tra normativa interna e normativa comunitaria* (nota sentenza: Corte Cost., 20 maggio 2010, n. 180), in *Dir. trasp.*, 2011, pag. 70 ss.; V. CUCCU, *Recenti sviluppi in materia di concessioni del demanio marittimo a scopo turistico-ricreativo* (nota a sentenza: Corte Cost., 18 luglio 2011, n. 213), in *Dir. trasp.*, 2012, pag. 449 ss.

¹¹ Cfr. art. 4, punto 6, direttiva 2006/123/CE.

¹² Cfr. Corte di Giust., C-458/14 e C-67/15, 14 luglio 2016, par. 41, dove si legge che le concessioni demaniali marittime e lacuali rilasciate dalle autorità pubbliche finalizzate allo sfruttamento di un'area demaniale a fini turistico ricreativi, "possono quindi essere qualificate come «autorizzazioni», ai sensi delle disposizioni della direttiva 2006/123, 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".

¹³ Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (in *GUUE* il 28 marzo 2014 L94/1).

¹⁴ Cfr. Corte di Giust., C-458/14 e C-67/15, 14 luglio 2016, par. 46, e in tal senso, sentenza dell'11 giugno 2009, *Hans & Christophorus Oymanns*, C-300/07, punto 71.

demaniali marittime, vengono ricondotte nell'ambito applicativo della direttiva 2006/123, non potendosi qualificare come concessioni di servizi¹⁵.

Tale interpretazione è, peraltro, corroborata anche dal *considerando 15* della direttiva 2014/23, ai sensi del quale non si configura come concessione di servizi l'accordo avente per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire beni o risorse del demanio, nel caso in cui lo Stato si limiti a stabilire le condizioni generali d'uso dei beni in questione, senza acquisire lavori o servizi specifici¹⁶.

La differenza tra i due tipi di concessione, di beni e di servizi, risiede quindi nella libertà economica di determinare le condizioni di gestione d'uso del bene da parte dell'operatore economico, nonché nella relativa acquisizione di lavori o servizi specifici da parte dell'Amministrazione concedente¹⁷.

Diversamente, ove le condizioni d'uso del bene pubblico o delle risorse demaniali siano prefissate dallo Stato, si configura un rapporto di autorizzazione ad esercitare un'attività economica in un'area demaniale, rientrante come tale nell'ambito dell'art. 12 della direttiva 2006/123, e qualificabile, alla stregua del diritto nazionale, come concessione di beni (anche del demanio marittimo)¹⁸.

Verificate le condizioni di applicazione della direttiva, il rilascio delle autorizzazioni presuppone, secondo l'analisi della Corte, l'espletamento di una procedura di selezione tra i po-

¹⁵ Per analogia, cfr. CGUE 14 novembre 2013, *Belgacom*, C-221/12, punti da 26 a 28.

¹⁶ Ai sensi del *considerando 15* della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (GUUE del 28 marzo 2014, L 94/1): «*Taluni accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, quali terreni o qualsiasi proprietà pubblica, in particolare nel settore dei porti marittimi o interni o degli aeroporti, mediante i quali lo Stato oppure l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore fissa unicamente le condizioni generali d'uso senza acquisire lavori o servizi specifici, non dovrebbero configurarsi come concessioni ai sensi della presente direttiva. Ciò vale di norma per i contratti di locazione di beni o terreni di natura pubblica che generalmente contengono i termini che regolano la presa di possesso da parte del conduttore, la destinazione d'uso del bene immobile, gli obblighi del locatore e del conduttore per quanto riguarda la manutenzione del bene immobile, la durata della locazione e la restituzione del possesso del bene immobile al locatore, il canone e le spese accessorie a carico del conduttore.*

¹⁷ Cfr. CGUE nella sentenza in commento, punto 46, dove si afferma che “*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*”; nonché si veda al punto 48, ove si constata che “*Un'interpretazione siffatta è inoltre corroborata dal considerando 15 della direttiva 2014/23. 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.*

¹⁸ Sul punto, meritano attenzione le conclusioni dell'Avvocato Generale del 25 febbraio 2016, il quale ha affermato che “*qualora le convenzioni di cui trattasi nel procedimento principale dovessero qualificarsi come «concessioni di servizi» ai sensi del diritto dell'Unione, cosicché non fossero applicabili le norme armonizzate della direttiva 2006/123, i requisiti imposti alle autorità nazionali in forza delle regole fondamentali del Trattato e dei principi che ne derivano sarebbero essenzialmente i medesimi. Infatti, purché si tratti di attività economiche di interesse transfrontaliero certo, per quanto riguarda l'obbligo di rispettare tali regole fondamentali e tali principi, un'autorizzazione non si distingue da una concessione di servizi*”.

Corte di Giustizia UE, Sez. V, 14-VII-2016 *Promoimpresa c. Consorzio dei Comuni della Sponda Bresciana e altri*

tenziali candidati, che rispetti tutte le garanzie di imparzialità, trasparenza e di adeguata pubblicità¹⁹, ai sensi dell'art. 12, par. 1, della direttiva.

Pertanto, la proroga *ex lege* della data di scadenza delle concessioni demaniali marittime, prevista dalla normativa nazionale italiana, equivale per la Corte ad un rinnovo automatico delle stesse, in violazione dell'art. 12, par. 2, della direttiva, che espressamente esclude procedure di rinnovo automatico in favore del prestatore uscente.

La proroga automatica, infatti, impedisce l'avvio di una procedura selettiva che rispetti i canoni del diritto europeo e, al contempo, non può dirsi giustificata da ragioni di interesse pubblico.

La Corte è chiara nello specificare che un'eventuale deroga, nella procedura di selezione, ai criteri di imparzialità, trasparenza e pubblicità, possa essere giustificata solo da motivi di interesse generale, secondo una interpretazione dell'art. 12, par. 3, conforme al diritto dell'Unione.

È consentito agli Stati membri di tener conto di motivi di interesse generale solo al momento di stabilire le regole della procedura di selezione tra i potenziali concessionari dell'area demaniale.

In altri termini, i motivi di interesse pubblico non possono derogare *in toto* alla procedura di selezione, ma possono al più inerire ad essa come meri criteri di scelta, ancorché conformi alle regole di imparzialità, trasparenza e pubblicità.

Ne consegue che l'espletamento della procedura selettiva rappresenta il presupposto imprescindibile per il rilascio delle concessioni in esame.

Né la necessità di tutelare il legittimo affidamento dei titolari delle concessioni in corso, al fine di ammortizzare gli investimenti dagli stessi effettuati²⁰, può dirsi automaticamente rientrante nelle finalità di interesse generale.

Come anche affermato dall'Avvocato Generale – le cui conclusioni sul punto sono state fatte proprie dalla Corte – non trova una sua giustificazione causale la proroga automatica, fondata sul legittimo affidamento dei concessionari, atteso che l'affidamento dell'operatore deve essere verificato caso per caso, valutando in concreto se effettivamente il titolare poteva legittimamente aspettarsi il rinnovo, anche in considerazione degli investimenti concretamente sostenuti.

Riconoscere la proroga *ex lege* significherebbe – secondo la Corte – consentire indistintamente il rinnovo di tutte le concessioni demaniali marittime in scadenza alla data dell'intervento legislativo nazionale, nonostante possano non sussistere per tutte le condizioni fattuali che lo giustifichino²¹.

A conclusione di tale *iter* interpretativo, la Corte esclude la compatibilità della normativa italiana con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, nella parte in cui prevede un rinnovo automatico delle concessioni demaniali marittime rilasciate per finalità turistico ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati.

¹⁹ S. PRETE, *Effetti dell'applicazione del principio comunitario di evidenza pubblica alla procedura di rilascio delle concessioni demaniali marittime*, in questa Rivista, 2007, pag. 1063.

²⁰ Queste erano, peraltro, le argomentazioni utilizzate a fondamento dell'ormai abrogato "diritto di insistenza", ex art. 37, comma 2, cod. nav. Per una definizione del diritto di insistenza e dei relativi profili problematici, nonché delle prospettive di compatibilità dello stesso con i principi dell'UE, si veda: F. DI LASCIO, *Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2009, pag. 787; G. GRUNER, *L'affidamento ed il rinnovo delle concessioni demaniali marittime tra normativa interna e principi del diritto dell'Unione Europea*, in *Foro amm. CdS*, 2010, pag. 78; G. BALOCCHI, *La concessione demaniale marittima tra diritto interno e principi comunitari*, in *Giur. it.*, 2011, pag. 2.

²¹ La predeterminazione di tale proroga, già in fase di selezione, può ritenersi conforme al diritto dell'UE, in quanto risponde ai criteri di pubblicità, trasparenza e imparzialità, in quanto pre-suppone l'espletamento della procedura di selezione.

1.2. *L'art. 49 TFUE e i principi fondamentali dell'UE*

Analoghe considerazioni sono state svolte dalla Corte con riferimento all'art. 49 del TFUE e ai principi fondamentali dell'UE ad esso sotteesi.

La Corte precisa che le concessioni di cui ai procedimenti principali riferendosi al diritto di stabilimento nell'area demaniale, finalizzato allo sfruttamento economico della stessa per finalità turistico ricreative, rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 49 TFUE²².

Peralto, pur non applicandosi alle concessioni di beni il regime delle direttive sugli appalti pubblici, le Amministrazioni sono comunque tenute al rispetto dei principi del Trattato sul funzionamento, in particolare a quello di non discriminazione²³.

Secondo il ragionamento della Corte, il rilascio di una concessione in assenza di una procedura di selezione, e quindi in mancanza delle garanzie di trasparenza, rappresenta una espressa violazione del divieto di disparità di trattamento, a danno di imprese aventi sede in uno Stato membro diverso da quello dell'amministrazione aggiudicatrice.

Questa situazione ricorre ove la concessione rilasciata presenti un interesse transfrontaliero certo, che deve essere valutato dal giudice del rinvio tenendo conto della particolare situazione geografica in cui si trova il bene e del valore economico rappresentato dalla concessione in questione.

La Corte afferma tuttavia che, in tal caso, una deroga dell'art. 49 TFUE potrebbe essere consentita da motivi imperativi di interesse generale, tra i quali si annovera anche il rispetto del principio di certezza del diritto²⁴.

Esso può dírsi garantito mediante l'introduzione di una disciplina transitoria nazionale, di cui possono avvalersi i titolari delle concessioni ottenute in epoca antecedente alla vigenza degli obblighi comunitari di trasparenza, sciogliendo i relativi rapporti contrattuali a condizioni economiche non eccessivamente gravose.

Il principio di certezza del diritto giustificherebbe il riconoscimento del diritto delle parti del contratto di sciogliere il rapporto – entro un periodo transitorio – a condizioni accettabili per ammortizzare i propri investimenti, sempre che la concessione sia stata loro rilasciata prima che fossero imposti gli obblighi di trasparenza in capo alle Amministrazioni aggiudicatrici dell'Unione.

Alla luce di questo assunto, la Corte esclude che con riferimento ai procedimenti principali possa giustificarsi un simile periodo transitorio in favore del concessionario uscente, specie mediante proroga *ex lege*, atteso che già dal momento del rilascio delle concessioni oggetto di causa sussistevano, in capo alle Amministrazioni, gli obblighi di trasparenza europei, che imponevano alle stesse l'espletamento di una procedura di selezione per le concessioni aventi interesse transfrontaliero certo.

Di conseguenza, ad avviso dei Giudici di Lussemburgo, il principio della certezza del diritto non può essere invocato per giustificare una disparità di trattamento, in violazione dell'art. 49 TFUE.

²² Stabilisce l'art. 49 TFUE che “*Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro. La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali*”.

²³ V., in tal senso, sentenza CGUE del 17 luglio 2008, *ASM Brescia*, C-347/06, punti 57 e 58, nonché giurisprudenza ivi citata.

²⁴ V., in tal senso, sentenze CGUE del 17 luglio 2008, *ASM Brescia*, C-347/06, punto 64, nonché del 14 novembre 2013, *Belgacom*, C-221/12, punto 38.

Pertanto, la proroga automatica prevista dalla normativa nazionale, contravvenendo agli obblighi di trasparenza imposti dal diritto europeo per il rilascio di concessioni di interesse transfrontaliero certo, contrasta con il principio di non discriminazione di cui all'art. 49 TFUE e, come tale, deve essere disapplicata in favore di una diretta applicabilità della normativa UE.

2. *I riflessi della pronuncia sul diritto interno: il demanio come fonte di servizi*

La Corte di Giustizia ha in definitiva affermato l'incompatibilità della disciplina interna con il diritto dell'Unione, statuendo che:

a) l'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno, 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 per attività turistico ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati;

b) l'articolo 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 per attività turistico ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo.

Tali principi si riflettono sugli istituti di diritto nazionale e inducono, altresì, a rivisitare il discriminio tra concessioni di beni e di servizi²⁵.

Storicamente, il concetto di proprietà pubblica, si caratterizzava per la compresenza di tre elementi: l'appartenenza del bene ad un soggetto pubblico, la disciplina pubblicistica di incommensurabilità dello stesso e lo *ius excludendi alios* dal godimento del bene, in capo alla P.A.

La gestione del bene apparteneva, di regola, in via esclusiva all'Amministrazione, a garanzia dell'uso generale a favore della collettività, e solo in via eccezionale era consentito l'impiego di esso da parte di un privato, mediante lo strumento della concessione.

I processi di liberalizzazione del mercato europeo, lo sviluppo economico e tecnologico, hanno determinato, sul piano giuridico, un mutamento di prospettiva.

Ai primari interessi della difesa nazionale e ai generici usi pubblici del mare, si sono via via sovrapposti ulteriori interessi collettivi prioritari, finalizzati allo sviluppo industriale e al turismo balneare²⁶.

Dalla modernizzazione degli interessi sottesi allo sfruttamento del demanio marittimo²⁷

²⁵ Con specifico riferimento ai recenti sviluppi normativi e orientamenti giurisprudenziali in tema di concessioni demaniali marittime e principi comunitari si veda: E. TURCO BULGARINI, *Navigazione da diporto e porti turistici*, in M. COMENALE PINTO e E. ROSAFIO (a cura di), *Quaderni della rivista di diritto della navigazione: Il diporto come fenomeno diffuso*, Roma, 2015, pag. 170 ss.

²⁶ M. D'ORSOGNA, *Le concessioni demaniali marittime nel prisma della concorrenza: un nodo ancora irrisolto*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 5, pag. 599 (nota a sentenza). L'A. evidenzia che “*lo sfruttamento imprenditoriale dei beni demaniali marittimi in particolare, ricalca, in sostanza, quel mutamento di identità della concezione tradizionale della proprietà pubblica da una visione “statica” ad una fase “dinamica” della utilizzazione dei beni demaniali e, più in generale, una rivisitazione dei caratteri della proprietà pubblica. Il fatto stesso che sia previsto un rinnovo a fronte di concessioni che possono raggiungere sin dall'inizio una durata ventennale avvalorà, infatti, quel mutamento di identità della concezione tradizionale dei beni del demanio marittimo che vede come uso ormai normale e non più eccezionale l'assegnazione in godimento esclusivo ad un soggetto determinato affinché vi esercenti un'attività che non corrisponda alla normale destinazione del bene*”.

²⁷ In tema di demanio marittimo cfr. *ex multis*: G. PESCATORE, *Sulla disciplina del demanio marittimo* in *Studi per la codificazione del diritto della navigazione*, III, Roma, 1941, pag. 870. Per la ricostruzione del dibattito, F. MORANDI *La tutela del mare come bene pubblico* Milano, 1998, pag. 128 e ss.; D. GAETA, *Il demanio marittimo*, Milano 1965; F. BENVENUTI, *Il demanio marittimo tra passato e futuro*, in *Riv. Dir. Nav.*, II, 1965, pag. 154; L. ACQUARONE, *Demanio marittimo e porti*, in *Dir.*

consegue che l'oggetto della concessione non è solo il bene in sé, ma l'attività economica ad esso connessa, anche in considerazione del fatto che lo sviluppo economico del Paese assurge oggi a motivo di interesse pubblico²⁸.

Il bene rappresenta, quindi, il mezzo per svolgere un servizio²⁹ che si identifica in un'attività di impresa la quale, in assenza di concessione, sarebbe diversamente preclusa.

Per tale motivo, la dottrina classica³⁰ ha preferito utilizzare l'espressione di concessione "sui" beni in luogo di concessione "di" beni pubblici, dando rilevanza al momento di affidamento del bene mediante il provvedimento concessorio, che attribuisce al privato il diritto di porre in essere la sua attività.

Con l'evoluzione del concetto di demanio, in vista di una sua proficua utilizzazione, si assiste allo stesso tempo ad un mutamento dell'esercizio del potere discrezionale della P.A., volto al soddisfacimento di un interesse pubblico non più inteso in senso statico, di appartenenza patrimoniale, ma dinamico, di valorizzazione economica.

In tal senso, si supera il concetto di demanialità inteso in una logica para-dominicale, di appartenenza della cosa allo Stato, ricollegandola piuttosto all'imputazione ad un soggetto pubblico della gestione di risorse³¹.

La realtà del bene pubblico perde, pertanto, la sua centralità, rilevando piuttosto la sua valenza come risorsa per il privato da utilizzare per l'esercizio di attività di impresa.

Il soggetto pubblico non si qualifica più come proprietario nel senso tradizionale del termine: nella relazione tra il soggetto pubblico ed il bene non rileva, quindi, solo il profilo dominicale, ma acquista centralità il diritto-dovere della PA di utilizzare il bene per fornire un

Mar. 1983, pag. 81 ss.; M. CASANOVA, *Demanio marittimo e poteri locali*, Milano, 1986; R. TRANQUILLI LEALI, *La delega alle Regioni in materia di demanio turistico - ricreativo*, in *Dir. Trasp.*, 1988, pag. 428; L. CORBINO, *Il demanio marittimo*, Milano, 1990; ID. *Demanio costiero e demanio portuale: attuale regime concessorio e prospettive di riforma*, in *Studi in onore di Romanelli*, Milano, 1997, 377; C. ANGELONE - G. SILINGARDI, *Il demanio marittimo*, Milano, 1999; M. OLIVI, *Profili evolutivi dei beni demaniali marittimi*, in *Dir. Mar.*, 2004, pag. 364; M. CASANOVA, *Il demanio marittimo*, in *Trattato breve di diritto marittimo*, a cura di A. ANTONINI, I, Milano, 2007, pag. 201 e ss.; L. ANCIS - M. DEIANA, *Il demanio marittimo a finalità turistica*, in *Manuale del diritto del turismo*, a cura di V. FRACESCHELLI e F. MORANDI, Torino, 2007, pag. 212 ss.; S. MAGNOSI, *L'evoluzione della disciplina normativa sull'uso del demanio marittimo a scopo turistico ricreativo: tra tutela del mercato e salvaguardia degli interessi imprenditoriali*, in *Riv. Dir. Nav.*, 2011, pag. 51 e ss.; P. SIMONE, *La gestione del demanio marittimo per finalità turistiche ricreative nel quadro dei principi dell'Unione Europea*, in *Riv. Dir. Nav.*, 2011, pag. 120 ss.; C. ANGELONE, *L'utilizzazione turistica del demanio marittimo e il contratto dei "servizi balneari"*, in G. SILINGARDI - A. ANTONINI (a cura di), *Dai tipi legali ai modelli sociali della contrattualistica della navigazione, dei trasporti e del turismo*, Milano, 1996, pag. 497. In tema di titolarità delle infrastrutture realizzate su proprietà privata: R. TRANQUILLI LEALI, *Porti turistici (struttura e funzioni)*, Milano, 1996, pag. 29 e ss., R. TRANQUILLI LEALI, *Il demanio turistico-ricreativo: problematiche attuali e nuovi profili di gestione*, in AA.VV., *Regioni e demanio marittimo*, Milano, 1999, pag. 101; L. ANCIS, *Nuove prospettive qualificatorie della spiaggia, delle lagune, e dei bacini di acqua salmastra*, in L. TULLIO - M. DEIANA (a cura di), *Demanio marittimo e porti*, Cagliari, 2014, pag. 9 e ss.

²⁸ F. DI LASCIO, *Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza* in *Foro amm. T.A.R.*, 3, 2009, pag. 787; C. FIORILLO, *Concessioni di aree demaniali marittime con finalità turistico-ricreativo: contrasti tra normativa interna e normativa comunitaria*, cit., pag. 170 ss.

²⁹ F. BENVENUTI, *Demanio marittimo tra passato e futuro*, in *Riv. dir. nav.*, 1965, pag. 154.

³⁰ M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963, pag. 116.

³¹ E. BOSCOLO, *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime - il commento*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 11, pag. 1211. L'A. specifica che si tratta di "una imputazione avente ad oggetto risorse che vanno doverosamente tutelate e gestite nella prospettiva prioritaria della loro preservazione di lungo periodo e trasmissione alle generazioni future, con conseguente imperativo di armonizzazione delle logiche dello sfruttamento con quelle della conservazione."

Corte di Giustizia UE, Sez. V, 14-VII-2016 *Promoimpresa c. Consorzio dei Comuni della Sponda Bresciana e altri*

servizio di utilità collettiva; all'Amministrazione compete l'obbligo di governare e razionalizzare l'impiego del bene, scegliendone l'utilizzazione migliore nell'interesse pubblico della collettività, valutata anche in rapporto alle esigenze dell'impresa.

Questa nuova prospettiva apre la strada ai principi dell'Unione Europea in materia di concorrenza.

La visione sostanzialistica propria del diritto europeo³², indifferente rispetto al *nomen iuris* attribuito da parte degli Stati membri alle categorie e agli istituti giuridici, ben si coordina con il superamento della nozione tradizionale di bene demaniale e con l'accoglimento della nuova concezione di proprietà pubblica, ormai ben delineata da dottrina e giurisprudenza³³.

Secondo il diritto europeo, in presenza di situazioni aventi rilevanza economica che possono incidere sull'andamento del mercato comune, è necessario il ricorso, da parte degli Stati membri, a procedure di selezione, pubblica e trasparente, tra diversi candidati³⁴.

Ciò sposta l'attenzione dalle modalità di sfruttamento del bene conformemente all'interesse pubblico alla fase di scelta del concessionario da parte della P.A., ovvero sulle forme di esercizio del potere amministrativo non come controllo sull'uso del bene pubblico, ma come selezione per l'accesso al bene mezzo per la realizzazione dell'attività economica privata.

Il potere amministrativo indirizza in modo discrezionale l'accesso al mercato e definisce la posizione di privilegio del concessionario³⁵.

Dì conseguenza, la disciplina legislativa si concentra sui criteri di scelta del concessionario e non sulla tutela dello svolgimento dell'attività.

In tale quadro, non è più ammissibile una super protezione dell'interesse del privato me-

³² Un tale approccio garantisce un migliore coordinamento delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati appartenenti all'Unione, ed è funzionale alla realizzazione della supremazia del diritto unionale e del relativo principio del cd. "effetto utile". Sul punto, si veda tra gli altri: M. CHITI M., *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, 2013 pag. 283; G. DELLA CANEÀ (a cura di), *Diritto amministrativo europeo. Principi ed istituti*, Milano, 2008, in *Corso di diritto Amministrativo* diretto da S. Cassese, 13, ove si spiega che "L'ordinamento comunitario, invece, non è fondato sulla distinzione della legge dagli altri atti dei pubblici poteri. Anzi, non esiste neppure la categoria della legge (...). Vi sono, invece, diverse specie di atti produttivi di effetti vincolanti: regolamenti, direttive, decisioni. Tra di essi, inoltre, non vi è gerarchia, ma tendenziale equiparazione. Lo dimostrano l'attribuzione di effetti diretti alle direttive, oltre ai regolamenti, l'uso delle decisioni per stabilire norme generale, per esempio sulle deleghe conferite dal Consiglio alla Commissione ai fini dell'adozione delle misure di esecuzione (art. 202, ex art. 145, tr. CE). L'ordinamento comunitario consente, inoltre, ad atti diversamente denominati, e perfino ad atti innominati, di stabilire norme primarie. Si aggiunga che alcuni principi fondamentali sono comuni alla normazione e all'amministrazione. (...) Quando il diritto europeo fa riferimento alle regole giuridiche in vigore negli ordinamenti nazionali, mette sullo stesso piano quelle emanate negli atti legislativi, regolamentari, amministrativi (artt. 94, 96 e 97, ex artt. 100, 101, e 102, tr. Ce). Non li distingue, dunque, in ragione del tipo di fonte. (...) Viene relativizzata, quindi, l'importanza della legge, intesa come istituto positivo e come fondamento delle categorie teoriche di cui i giuristi si serve".

³³ G. COLOMBINI, *Lido e spiaggia* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IX, Torino, 1994, pag. 26.

³⁴ A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime in fuga dalla concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc. 2, 2013, pag. 437.

³⁵ F. DI LASCIO, *Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, cit., i afferma "essendo la concessione l'atto mediante cui si realizza la deroga all'uso collettivo del bene, con previsione di privilegi in capo al concessionario e conseguente rottura del principio di uguaglianza, diviene fondamentale il modo con cui l'amministrazione concessionaria opera la propria scelta", richiamando il parere dell'AGCM del 28 ottobre, pubblicato nel Bollettino 2 novembre 1998, n. 42, in www.agcm.it.

diante strumenti come il cd. "diritto di insistenza"³⁶ o di rinnovo automatico *ex lege* della concessione in corso, essendo quest'ultimi dei fattori distorsivi della concorrenza.

3. Autorizzazioni, concessioni e diritto dell'UE

In considerazione dell'evoluzione della disciplina del demanio oggetto di concessione, emerge l'irrilevanza del tipo di provvedimento formale scelto dall'Amministrazione per individuare il concessionario, ai fini della regolazione del potere di selezione della P.A.

Il diritto dell'UE impone, infatti, il rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità ed evidenza pubblica per il solo fatto che il bene pubblico rappresenta il mezzo attraverso cui si consente al privato di esercitare l'attività d'impresa, prescindendo dalla qualificazione normativa interna del provvedimento con cui il potere amministrativo si estrinseca.

Com'è noto, la dottrina italiana è solita distinguere i provvedimenti amministrativi ampliativi della sfera del privato in due grandi categorie: autorizzatori e concessori.

I primi si indentificano in atti amministrativi di rimozione di un limite frapposto all'esercizio dell'attività del privato, titolare di una posizione giuridica riconosciuta dall'ordinamento, che necessita del potere discrezionale preventivo della P.A. per il pieno svolgimento di tutte facoltà ad essa connesse³⁷.

La seconda tipologia di provvedimenti attiene, invece, al trasferimento *ex novo* di posizioni giuridiche attive in favore del destinatario, delle quali egli precedentemente non era titolare³⁸.

Le correnti di matrice comunitaria hanno notevolmente eroso tale distinzione, muovendosi verso una nozione più ampia di autorizzazione in materia di attività d'impresa al fine di garantire la massima tutela della concorrenza³⁹.

Il termine "autorizzazione" è contenuto – a livello europeo – nella direttiva 2006/123/CEE.

L'art. 4 di tale direttiva, al punto 6, definisce "regime di autorizzazione" qualsiasi procedura che obbliga un privato a rivolgersi ad una Amministrazione competente, al fine di ottenere una decisione formale o implicita inerente all'accesso o all'esercizio di un'attività di impresa.

Al considerando 39 della stessa direttiva, si precisa che nella nozione di autorizzazione rientrano, altresì, le procedure amministrative per il rilascio di concessioni.

La Commissione europea, in occasione dell'apertura di una procedura di infrazione contro l'Italia⁴⁰, ha chiarito che le concessioni di beni pubblici marittimi costituiscono autorizza-

³⁶ Per una interpretazione del cd. diritto di insistenza conforme ai principi del diritto europeo, si veda Cons. di Stato, Sez. V, 9 dicembre 2002, n. 6764, in www.giustizia-amministrativa.it nonché in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, 2, con nota di L.R. PERFETTI, *Diritto di insistenza e rinnovo della concessione di pubblici servizi*, pag. 621 e ss.

³⁷ F. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Torino, 1894-97; G. GIORGIO *La dottrina delle persone giuridiche*, Firenze, vol. I, II, III e IV, 1890; F.G. SCOCÀ *Il provvedimento amministrativo*, in F.G. SCOCÀ (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2008.

³⁸ Da ultimo, v. F. CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2016, pag. 1414 e ss.

³⁹ Sul punto, cfr. art. 16 della l. 84/94 di riforma dell'ordinamento e delle attività portuali.

Sulla distinzione tra autorizzazione e concessione su aeree e banchine portuali, si veda, tra gli altri, C. INGRATOCI, *La concessione di aree e banchine*, in *Studi in memoria di Elio Fanara*, Tomo II, a cura di U. LA TORRE, G. MOSCHELLA, F. PELLEGRINO, M.P. RIZZO, G. VERMIGLIO, Milano 2008, pag. 289.

⁴⁰ Cfr. in merito la nota della Direzione Generale del Mercato Interno e dei Servizi del 4 agosto 2009 doc. Ares (2009) 216206 del 4 agosto 2009, e il punto III della lettera di costituzione in mora complementare del 5 maggio 2010 doc. C(2010) 2734.

Corte di Giustizia UE, Sez. V, 14-VII-2016 *Promoimpresa c. Consorzio dei Comuni della Sponda Bresciana e altri*

zioni nel senso del termine utilizzato dalla direttiva 2006/123/CEE, in ragione del numero limitato delle risorse naturali e delle capacità tecniche disponibili.

Nella sentenza in commento, il punto di vista della Corte di Giustizia coincide con quello della Commissione. La prima afferma, infatti, che tali concessioni possono essere valutate alla stregua delle autorizzazioni di cui alla direttiva 2006/123, indipendentemente dalla loro qualificazione nel diritto nazionale, in quanto i prestatori devono ottenere il provvedimento di rilascio quale presupposto essenziale per svolgere la loro attività economica oggetto della disciplina⁴¹.

La Corte privilegia, dunque, l'approccio sostanzialistico proprio del diritto dell'Unione, che prescinde dal *nomen iuris* dell'istituto e trova la sua giustificazione causale nel carattere economico dell'attività oggetto della disciplina.

4. Concessioni di beni e concessioni di servizi

Sempre alla luce dell'approccio sostanzialistico europeo, che, in presenza di un'attività di impresa, ricomprende le concessioni nell'ampia categoria delle autorizzazioni, si assiste ad una conseguente sfumatura della linea di confine tra concessione di bene e concessione di servizi.

La dottrina tradizionale⁴² era solita ritenere che l'oggetto del provvedimento concessorio si distinguesse dal tipo di attività svolta dal privato in favore della collettività e si qualificasse come servizio pubblico ogni qual volta veniva trasferito al concessionario l'esercizio di una funzione pubblica, ovvero attività proprie all'Amministrazione; viceversa, si inquadrasse come bene pubblico quando l'attività svolta dal concessionario non era pubblica ma d'impresa, connessa tuttavia al vincolo di destinazione pubblico del bene, che il privato non poteva modificare.

Anche la giurisprudenza amministrativa ha nel tempo condiviso tale tesi, affermando che la concessione di beni pubblici comportasse lo sfruttamento del bene per il perseguitamento di una finalità meramente imprenditoriale, mentre quella di servizi si qualificasse come tale per l'oggetto del contratto, costituito dalla gestione di un'attività propriamente pubblica⁴³.

In mancanza di un espresso dato normativo che definisse lo strumento concessorio relativo ai beni pubblici⁴⁴, tale istituto è stato ricondotto dalla prevalente dottrina allo schema

⁴¹ Corte di Giust., C-458/14 e C- 67/15, 14 luglio 2016, par. 41.

⁴² Già in passato, la distinzione della figura della concessione di beni rispetto agli altri modelli concessori era oggetto di dubbi dottrinali. Sul punto, M.S. GIANNINI, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2000, pag. 347-358, rilevava che «*tutti i beni pubblici presentano delle utilitas che possono formare oggetto di concessione a terzi*», siffatte «*utilitas*», tuttavia, «*non possono essere funzionalmente omogenee*», dato che «*per alcune di tali categorie l'aspetto funzionale è netto in quanto le concessioni di beni sono funzionalizzate a servizi complementari che l'amministrazione intende ricevere o vuole offrire al pubblico*». E, «*quando si incontrano situazioni di questo tipo occorre distinguere: se l'attività che si svolge nei luoghi attrezzati è anche attività della amministrazione, si è in presenza di un ufficio pubblico conferito ad imprenditore, ossia domina l'aspetto di concessione di servizio, onde il godimento del contratto di servizio: si conferisce il servizio con la sua sede tecnica e/o amministrativa; non v'è concessione di beni, anche se talora l'apparenza è in tal senso. Se invece l'attività svolta dal terzo – di regola un imprenditore – non è dell'amministrazione (...) si ha una concessione di beni, ma vincolati ad una destinazione che il concessionario non può mutare, in quanto l'interesse pubblico su cui la concessione si fonda non è il bene come tale, ma il servizio che il concessionario rende, all'amministrazione o a terzi, attraverso il bene*».

⁴³ Cfr., *ex multis*, Cons. di Stato, Sez. V, 26 gennaio 2011, n. 591; T.A.R. Torino, Sez. II, 30 gennaio 2007, n. 450.

⁴⁴ La concessione di beni pubblici è ancora esclusa dall'ambito di applicazione del nuovo codice degli appalti di cui al d.lgs. 50/2016, che invece equipara agli appalti, a livello di qualifica-

della cd. concessione-contratto⁴⁵.

Con quest'ultima espressione si intende un insieme di atti consistenti in un provvedimento unilaterale della PA di scelta del concessionario, e in una convenzione attuativa, sottoscritta tra amministrazione e privato, di regolamentazione del rapporto.

Tale inquadramento supera l'impostazione di quella dottrina⁴⁶ che riconduceva la concessione all'interno di un modello interamente contrattuale, ponendo su un piano paritetico le posizioni del privato e della PA all'interno di un rapporto sinallagmatico, nonché la tesi opposta⁴⁷, secondo cui il provvedimento amministrativo e le dichiarazioni di volontà del singolo si concretizzavano in due atti distinti e separati, dove l'atto di concessione si poneva come condizione di efficacia di quello del privato, essendo il primo di per sé idoneo a far sorgere il rapporto di concessione.

All'interno della fattispecie di concessione-contratto si è discusso, altresì, sul rapporto intercorrente tra il provvedimento amministrativo e la convenzione che regola (in genere) gli aspetti patrimoniali.

Ad una parte della giurisprudenza⁴⁸ che considera il contratto di natura meramente accessoria rispetto all'atto amministrativo, si contrappone un diverso orientamento⁴⁹ che, invece, ravvisa una piena equiordinazione tra i due atti, che concorrono parimenti alla costituzione e alla regolazione del rapporto concessorio.

Una dottrina più accreditata⁵⁰ propone, invece, una diversa impostazione: il provvedimento amministrativo svolgerebbe un ruolo strumentale e secondario rispetto al contratto di diritto privato, che costituisce e disciplina il rapporto di concessione.

La contrattualizzazione dell'istituto della concessione sembra trovare conferma nell'art. 1bis della L. 241/90⁵¹ sul procedimento amministrativo, ai sensi del quale la PA opererebbe

zione giuridica, solo le concessioni di lavori e servizi. Nel nuovo codice si assiste ad una tendenziale unificazione della disciplina degli appalti con quella delle concessioni di servizi e lavori, oggi espresamente contrattualizzati e sottoposti alla medesima regolamentazione degli appalti pubblici. Susistono, tuttavia, ancora delle differenze sul piano dogmatico tra i due contratti, inerenti alla natura del rapporto giuridico che le due fattispecie instaurano tra PA e privato. Nell'appalto si costituisce un rapporto bilaterale tra i contraenti, dove il corrispettivo dell'appaltatore è remunerato direttamente dalla PA, che riceve la prestazione del privato; viceversa, nelle concessioni, il rapporto è trilaterale, composto dalla PA concedente, privato concessionario e utenza che usufruisce del servizio reso dal privato. In questo caso, il concessionario non riceve il corrispettivo dalla PA, bensì dalla collettività a cui è rivolto il servizio: per tale motivo, si afferma che al concessionario viene trasferito il cd. rischio d'impresa mediante concessione, che invece nell'appalto resta a carico della PA appaltante quale diretta destinataria dell'opera.

⁴⁵ B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008, e L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOMA (a cura di), Bologna, 2006, pag. 957.

⁴⁶ G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984, pag. 13.

⁴⁷ A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, (1940), Milano 1964, pag. 183 ss. e pag. 260 ss.

⁴⁸ Cons. di Stato, Sez. IV, 20 febbraio 2007, n. 912.

⁴⁹ T.A.R. Catania, Sez. III, 15 settembre 2005, n. 1396.

⁵⁰ M. D'ALBERTI, *Concessioni amministrative*, in *Enc. Giu. Treccani*, 1998.

⁵¹ L'articolo 1, comma 1 bis, della L. 241/90, stabilisce: "La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente". Sul punto, cfr. I. FRANCO, *L'attività contrattuale della pubblica Amministrazione*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 11, pag. 1129-1139; G. PASTORI, *Attività amministrativa e soggetti privati*, in *Giurisprudenza italiana*, 2014, 7, pag. 1783-1787; F. ASTONE, F. MARTINES, *Principio di legalità ed attività di diritto privato delle amministrazioni pubbliche*, in *Il Diritto dell'economia*, 2016, 1, pag. 109-126; G. DURANO, *Gli accordi amministrativi quale efficiente strumento per la gestione e la pianificazione del territorio*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2016, 2, pag. 613-653; G. PALMA, *Delle aporie in dottrina circa l'impiego di "norme" di diritto privato nell'azione dell'Amministrazione pubblica. Contributo alla identificazione della potenziale logica ricostruttiva del*

Corte di Giustizia UE, Sez. V, 14-VII-2016 *Promoimpresa c. Consorzio dei Comuni della Sponda Bresciana e altri*

in via preferenziale con strumenti privatistici in luogo di quelli pubblicistici, nonché sulla base della parificazione dei regimi tra concessione di lavori e servizi e contratto di appalto, operata dal nuovo codice dei contratti⁵².

Non avrebbe senso, infatti, scindere sul piano dogmatico le due figure di concessioni di beni e di servizi sulla base dell'oggetto di trasferimento in favore del destinatario; dal momento che presentano il medesimo schema, composto da provvedimento unilaterale e contratto, anche le concessioni di beni dovrebbero essere intese come contratti pubblici alla stregua dell'appalto, all'interno dei quali si distingue la fase pubblicistica di evidenza pubblica per la scelta del contraente e la fase privatistica di sottoscrizione ed esecuzione del contratto.

Il rispetto dei principi dell'Unione, quali la trasparenza e l'imparzialità, garantiti da adeguate forme di pubblicità della gara, sarebbe richiesto anche per la scelta del concessionario di beni.

Questo è quanto afferma non solo la direttiva 2006/123/CEE, ma anche il D.lgs. 50/2016⁵³, ove si ravvisa la necessità che l'affidamento in concessione della gestione del bene pubblico venga effettuato nel rispetto dei principi dell'evidenza pubblica, escludendosi tuttavia l'applicazione della nuova disciplina dei contratti alle concessioni di beni.

L'esistenza di una disciplina dettagliata, propria della concessione dei servizi e mancante – invece – per quella di beni, porta a ritenere che sussista ancora un margine di diversità tra le due tipologie di concessione.

Ciò è quanto ha affermato la Corte di Giustizia nella sentenza in commento, rilevando che, secondo il *considerando* 57 della direttiva 2006/123, le disposizioni della stessa riguardanti i regimi di autorizzazione (in cui possono rientrare le concessioni di beni demaniali) non attengono alla conclusione di contratti da parte della P.A. per la fornitura di un determinato servizio, che, invece, è soggetta alle norme relative agli appalti pubblici di cui alla successiva direttiva 2014/23.

Come detto, tale interpretazione è, altresì, avallata dal *considerando* 15 della direttiva 2014/23, ai sensi del quale non dovrebbero configurarsi come «concessione di servizi» gli 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, ove lo Stato fissi unicamente le condizioni generali d'uso dei beni o delle risorse in questione, senza acquisire lavori o servizi specifici.

Secondo l'insegnamento della Corte, una concessione di servizi è caratterizzata dal trasferimento del diritto di gestire un servizio da un'autorità aggiudicatrice ad un concessionario che dispone, nell'ambito del contratto concluso, di una certa libertà economica per determinare le condizioni di esercizio, restando esposto ai rischi connessi a detta gestione.

progressivo sviluppo del sistema ordinamentale, in *federalismi.it*, 2016, 3, pag. 26; infine, sul concetto del privato come co-amministratore si veda, tra tutti, A. TIGANO, *Garanzie dei singoli ed esercizio del potere amministrativo*, in *Impresa, ambiente e pubblica amministrazione*, 1979, 6, pag. 505-543.

⁵² Cfr. d.lgs. 50/2016, art. 30, comma 1, rubricato “principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni”, ai sensi del quale “*L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice. Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico.*”

⁵³ Cd. “Nuovo codice degli appalti”. Sulla distinzione ivi operata tra concessioni e appalto si rinvia alla nota 39.

Viceversa, le concessioni inerenti ai beni del demanio marittimo attengono ad una autorizzazione per l'esercizio di un'attività economica in un'area demaniale per finalità turistico ricreative, le cui condizioni generali d'uso sono rimesse alle scelte della P.A.

La Corte, nel tracciare la linea di confine tra i due modelli concessori, punta quindi sull'esistenza di una libertà negoziale per il privato nella gestione del bene o del servizio, e non sul tipo di attività esercitata in relazione all'oggetto del contratto di concessione⁵⁴.

Alla luce di tale discrasia, si spiega la diversità di disciplina di dettaglio attualmente vigente.

Per la concessione di servizi, infatti, in presenza di una spiccata autonomia negoziale del privato nella fissazione delle condizioni di erogazione del servizio, è necessario che la legge intervenga fissando canoni rigidi per la selezione del contraente privato, quale soggetto privilegiato sul mercato, evitando che questa libertà di scelta delle condizioni – cui si riconnette il relativo rischio di impresa – possa trasformarsi in arbitrio e produrre effetti distorsivi sulla concorrenza.

Per quanto riguarda la concessione di beni pubblici, qualificabili come "autorizzazioni" ai sensi della direttiva 2006/123/CE, gli effetti sul mercato conseguenti alla gestione del bene sono indirettamente connessi alle scelte dell'Amministrazione, in considerazione del fatto che le condizioni generali d'uso del bene sono dalla stessa prestabilite, nel rispetto del principio di legalità che informa l'intera attività amministrativa.

In quest'ultima ipotesi, la disciplina di riferimento è rappresentata non da una normativa di dettaglio, ma da un quadro di principi comunitari, utile ad indirizzare la P.A. nella scelta del concessionario gestore del bene.

5. *Redutio ad unum del sistema attraverso i principi UE*

La distinzione operata dalla Corte, tuttavia, non appare conforme alle spinte sostanzialistiche proprie del diritto dell'Unione.

Ciò in quanto, come rilevato anche dall'Avvocato Generale nella causa in esame, il generale obbligo di rispettare i principi fondamentali dell'UE, non consente di distinguere una concessione di beni da una concessione di servizi, atteso che per entrambe le fattispecie deve comunque garantirsi la trasparenza e l'imparzialità mediante l'indizione di una procedura se-

⁵⁴ Cfr. punto 7 della sentenza in commento, in cui si legge "Ai sensi del considerando 15 della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (GU 2014, L 94, pag. 1): «(...) [T]aluni accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, quali terreni o qualsiasi proprietà pubblica, in particolare nel settore dei porti marittimi o interni o degli aeroporti, mediante i quali lo Stato oppure l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore fissa unicamente le condizioni generali d'uso senza acquisire lavori o servizi specifici, non dovrebbero configurarsi come concessioni ai sensi della presente direttiva. Ciò vale di norma per i contratti di locazione di beni o terreni di natura pubblica che generalmente contengono i termini che regolano la presa di possesso da parte del conduttore, la destinazione d'uso del bene immobile, gli obblighi del locatore e del conduttore per quanto riguarda la manutenzione del bene immobile, la durata della locazione e la restituzione del possesso del bene immobile al locatore, il canone e le spese accessorie a carico del conduttore". Il medesimo assunto viene confermato al punto 48, dove si afferma che "Un'interpretazione siffatta è inoltre corroborata dal considerando 15 della direttiva 2014/23. 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".

Corte di Giustizia UE, Sez. V, 14-VII-2016 *Promoimpresa c. Consorzio dei Comuni della Sponda Bresciana e altri*

lettiva ad evidenza pubblica⁵⁵.

L'inesistenza di una normativa di dettaglio e la presenza di un generico richiamo ai principi dell'evidenza pubblica rischia di generare, sul piano nazionale, figure elusive degli stessi, quali il rinnovo automatico delle concessioni (seppur temporaneo, in attesa di un'organica riforma), che ha sostituito il precedente diritto di insistenza di cui all'art. 37 cod. nav., peraltro producendone i medesimi effetti.

Sarebbe quindi auspicabile un'equiparazione tra le due tipologie di concessioni – beni e servizi – a livello comunitario, prima, e nazionale, poi, ogni qual volta l'uso del bene pubblico implichi l'esercizio di una attività di impresa, in quanto la scelta della PA, in presenza di scarsità delle risorse naturali, incide sulla concorrenza sia sul piano dell'accesso al mercato sia per quanto riguarda la stabilizzazione di una posizione privilegiata del gestore.

Tale equiparazione si giustificherebbe alla luce sia dell'impostazione sostanzialistica del diritto dell'UE, indifferente al *nomen iuris* dell'istituto, sia della tesi che pone l'accento sulle concessioni, qualificandole come fenomeno unico, a rilevanza prevalentemente contrattuale⁵⁶.

Si tratta, invero, di concessioni di beni il cui uso comporta l'esercizio di un'attività di impresa.

La rilevanza contrattuale della concessione di beni pubblici si evince, peraltro, dall'analisi della giurisprudenza amministrativa⁵⁷ che ha ritenuto applicabile l'istituto privatistico della responsabilità precontrattuale, ex art. 1337 e ss. del codice civile, anche all'ipotesi di concessione di beni rilasciata in assenza di procedura di evidenza pubblica.

Pertanto, la distinzione tra concessioni di beni pubblici e concessioni di lavori e servizi dovrebbe ritenersi superata, in considerazione del fatto che sussistono i presupposti per qualificare entrambe alla stregua di un contratto pubblico.

Viceversa, rientra nello schema tipico del contratto interamente privatistico la “concessione” di un bene afferente al patrimonio disponibile della P.A., al quale manca quindi il connotato della demanialità: in tal caso, la P.A. agisce *iure privatorum* nella veste di locatore, senza esercitare alcun potere discrezionale.

Alla luce delle precedenti considerazioni, la distinzione operata dalla Corte di Giustizia nella sentenza in commento appare eccessivamente formalista, muovendosi in senso opposto

⁵⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale del 25 febbraio 2016, punto 69, relative a Corte di Giustizia, C-458/14 e C- 67/15, 14 luglio 2016, il quale afferma che “qualora le convenzioni di cui trattasi nel procedimento principale dovessero qualificarsi come «concessioni di servizi» ai sensi del diritto dell'Unione, cosicché non fossero applicabili le norme armonizzate della direttiva 2006/123, i requisiti imposti alle autorità nazionali in forza delle regole fondamentali del Trattato e dei principi che ne derivano sarebbero essenzialmente i medesimi. Infatti, purché si tratti di attività economiche di interesse transfrontaliero certo, per quanto riguarda l'obbligo di rispettare tali regole fondamentali e tali principi, un'autorizzazione non si distingue da una concessione di servizi”.

⁵⁶ S. PRETE, *Effetti dell'applicazione del principio comunitario di evidenza pubblica alla procedura di rilascio delle concessioni demaniali marittime*, in questa rivista, 2007, pag. 1063 e ss.

⁵⁷ C. BENETAZZO, *Concessioni di beni pubblici e tutela della concorrenza*, in *Foro amm.* C.d.s. fasc. 7-8, 2010, pag. 1463. L'A. afferma che “Quel che più rileva è il collegamento, implicitamente stabilito, tra rispetto dei principi di evidenza pubblica e obbligo della p.a. di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto. Infatti, è indubbio che tra il privato che partecipa alla gara e l'Amministrazione che l'ha indetta si crea un vero e proprio rapporto, in cui sono individuabili due ben distinte posizioni, ognuna connotata da precisi obblighi di comportamento: pur discostandosi dalla sequenza comune proposta-accettazione, non si esce per questo dal concetto di trattativa, posto che la gara è pur sempre una procedura strutturalmente fatta per portare, se condotta secondo determinate regole, alla conclusione di un contratto, anche se solo con una delle imprese in gara, senza che, tuttavia, sorga in capo ai partecipanti nessun diritto alla aggiudicazione dell'appalto, come d'altra parte non sorge in coloro che partecipano ad una privata trattativa alcun diritto alla conclusione del contratto”.

rispetto al tradizionale approccio sostanzialistico, tipico del diritto comunitario⁵⁸.

Ponendo l'accento sulla concezione dinamica di demanio, come fonte di utile per l'impresa concessionaria, con conseguente intervento della disciplina comunitaria, si determina un tendenziale parallelismo tra le diverse forme di concessione.

L'attività economica di impresa che il privato gestore esercita nel caso di concessione di beni, nonché di quella di servizi, è l'elemento dirimente, di carattere sostanziale-funzionale, che accomuna le due figure di concessioni amministrative: entrambe sono, infatti, soggette ai medesimi principi del diritto dell'Unione, ribaditi a livello giurisprudenziale, in un'ottica di armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia⁵⁹.

EMILIA VERMIGLIO
Dottoranda di ricerca
Università di Messina

⁵⁸ A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime in fuga dalla concorrenza*, cit. “secondo il diritto europeo, ogni volta che ci si trova di fronte ad un oggetto economicamente appetibile, si deve ricorrere a procedure di selezione pubbliche e trasparenti, tra diversi candidati. Per tali motivi le concessioni demaniali sono state inquadrate come concessioni di «servizi»: solo per il fatto che l'operatore balneare offre servizi turistici e ricreativi, vi è una contendibilità economica che aumenta laddove la disponibilità delle risorse è limitata. La disciplina sulle concessioni di servizi tende pertanto a modellarsi sempre di più sulla base della normativa europea in materia di appalti, non solo sui principi generali. Si abbandona così l'impostazione per cui le concessioni di beni pubblici non sarebbero soggette ai principi dell'ordinamento comunitario poiché, essendo l'oggetto della concessione un bene pubblico, l'interesse pubblico diventa primario. Il demanio marittimo non deve essere visto come bene in sé, ma deve essere tenuto in considerazione in quanto idoneo ad attrezzare un servizio reso al pubblico, che interessa l'amministrazione concedente o che l'amministrazione gestisce: si tratta nello specifico del servizio di spiaggia e balneazione dietro corresponsione di un prezzo/tariffa da parte del turista. In linea generale, infatti, vengono predisposti dall'amministrazione concedente dei tariffari; intervengono poi le regole del mercato e vi sono stabilimenti balneari che offrono diversi servizi a diversi prezzi: è su tale differenziazione della proposta che si realizzano i veri guadagni dell'impresa balneare. Per quanto riguarda tutti gli altri aspetti la concessione demaniale marittima segue le regole di una normale concessione e non del mercato: oltre all'atto unilaterale dell'amministrazione, la convenzione tra la pubblica amministrazione e il privato altro non è che la concreta attuazione dell'atto deliberativo e da questo dipende”.

⁵⁹ Cfr. *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, a cura di G. DELLA CANANEA, cit., 17, secondo cui “I principi, dunque, integrano le condizioni in presenza delle quali l'attività amministrativa è legittima, ossia è in grado di produrre gli effetti previsti dall'ordinamento”.

ISSN 0012-348x