

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

Studio Legale Associato Paolini & Nesi
Via Francesco Puccinotti n. 30 - Firenze
Tel. 055.48.50.69 - Fax. 055.49.22.10
e-mail: posta.firenze@studiolegalepn.it

Firenze, 27 gennaio 2017

TUTELA DELL'AFFIDAMENTO DEI CONCESSIONARI BALNEARI ITALIANI

1. La sentenza *Promoimpresa*. La necessità di un trattamento differenziato delle concessioni balneari sorte anteriormente all'anno 2000 (sentenza *Telaustria*) rispetto a quelle rilasciate successivamente.

1.1. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nella recente sentenza *Promoimpresa* (Corte di Giustizia, Sez. V, 14 luglio 2016, *Promoimpresa S.r.l. e Melis*, C-458/14 e C-67/15), si è pronunciata sulla compatibilità della proroga delle concessioni demaniali marittime ex D.L. n. 194/2009 s.m.i. con il diritto eurounitario, ritenendo che una giustificazione della proroga delle concessioni in essere fondata sul principio della tutela del legittimo affidamento «richiede una valutazione caso per caso che consenta di dimostrare che il titolare dell'autorizzazione poteva legittimamente aspettarsi il rinnovo della propria autorizzazione e ha effettuato i relativi investimenti».

Dunque, secondo la Corte, resta salva la facoltà di addivenire a proroghe amministrative in tutti i casi in cui il concessionario possa dimostrare che, confidando sul rinnovo della propria autorizzazione, avesse effettuato i relativi investimenti in misura corrispondente al tempo occorrente per il loro ammortamento e per remunerare il capitale (cfr. considerando 62° della Direttiva 2006/123/CE).

Al di fuori dei suddetti limitati casi - conclude la Corte di Giustizia - «l'articolo 12, par. 1 e 2, della direttiva 2006/123 deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che preveda la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati» (punto 56° sent. *Promoimpresa*, cit.).

Al punto 71° della sentenza *Promoimpresa*, nell'affrontare la compatibilità con l'art. 49 TFUE di misure normative volte a concedere una proroga automatica di concessioni demaniali in essere al fine di tutelare gli investimenti, la Corte afferma altresì che siffatte misure concretano una disparità di trattamento tra operatori economici; nondimeno, precisa la Corte sempre al punto 71°, siffatta disparità di trattamento «può essere giustificata da motivi imperativi di interesse generale, in particolare dalla necessità di rispettare il principio della certezza del diritto».

Dal momento però che le concessioni demaniali, sottoposte all'esame della Corte di Giustizia, erano state attribuite quando già era consolidato il principio secondo cui i

contratti aventi un “interesse transfrontaliero certo”¹ dovessero essere soggetti a obblighi di pubblicità e trasparenza (sent. *Telaustria* del 7 dicembre 2000, C-324/98), la medesima Corte afferma che il principio della certezza del diritto (declinato nei termini di legittimo affidamento) non potrebbe invocarsi per giustificare una disparità di trattamento vietata in forza dell'articolo 49 TFUE (v. punto 73° della sentenza *Promoimpresa*).

1.2. *A contrario* può allora ricavarsi dai punti 56 e 73 della sentenza *Promoimpresa* una fondamentale *regula iuris* e cioè che, nel caso di affidamenti di concessioni balneari, avvenuti anteriormente alla sentenza *Telaustria*, la conservazione di tali rapporti dovrebbe ritenersi meritevole di tutela anche da parte del diritto dell'Unione.

Tale conclusione è suffragata anche dalla recentissima sentenza della **Sezione IV del T.A.R. Lombardia n. 153 del 24 gennaio 2017**, con la quale è stato definito il contenzioso *Promoimpresa* sulla scorta delle indicazioni della sentenza della Corte di Giustizia del 14 luglio 2016.

Infatti, anche dalla sentenza della Sezione IV del TAR Lombardia si ricava che la concessione di *Promoimpresa* non possa assurgere a paradigma di quell'affidamento che meritevole di tutela alla luce del diritto europeo e interno.

Al punto 3° della sentenza del TAR Lombardia si legge in particolare: «la concessione del cui rinnovo si discute è stata rilasciata in un tempo in cui la giurisprudenza comunitaria aveva già precisato da tempo che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo, come nel caso di specie, dovevano rispettare obblighi di trasparenza e, quindi, essere assegnati o rinnovati solo all'esito di una specifica procedura ad evidenza pubblica, cosicché il principio della certezza del diritto esclude la necessità di una disciplina transitoria, che si tradurrebbe in una disparità di trattamento, vietata in forza dell'articolo 49 TFUE».

Dal che va dedotto che - nel caso di concessioni demaniali sorte anteriormente all'affermarsi del principio dell'evidenza pubblica comunitaria - è invece necessario un trattamento differenziato, imponendosi cioè la salvezza delle concessioni rilasciate in un'epoca anteriore all'affermarsi del ridetto principio dell'evidenza pubblica comunitaria.

Dette concessioni hanno infatti beneficiato di un regime di rinnovo automatico sin da prima dell'entrata in vigore dell'art. 10 legge n. 88/2001, grazie alla prassi amministrativa applicativa dell'art. 37 cod. nav., che ha tradotto il diritto di preferenza, ivi previsto, in un vero e proprio diritto di insistenza, tanto che, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, i rinnovi delle concessioni balneari, al di là del *nomen iuris*, vanno qualificati come vere

¹ "Per quanto riguarda i criteri oggettivi atti a indicare l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, la Corte ha già dichiarato che criteri del genere potrebbero sostanzarsi, in particolare, nell'importo di una certa consistenza dell'appalto in questione, in combinazione con il luogo di esecuzione dei lavori o, ancora, nelle caratteristiche tecniche dell'appalto e nelle caratteristiche specifiche dei prodotti in causa. A tal riguardo, si può altresì tenere conto dell'esistenza di denunce presentate da operatori ubicati in altri Stati membri, purché sia accertato che queste ultime sono reali e non fittizie [...] L'esistenza di un interesse transfrontaliero certo non può essere ricavata in via ipotetica a taluni elementi che, considerati in astratto, potrebbero costituire indizi in tal senso, ma deve risultare in modo chiaro da una valutazione concreta delle circostanze dell'appalto in questione"(cfr. CGUE, sez. IV, 6 ottobre 2016, *Tecnoedi Costruzioni*, causa C-318/15, par. 20 e 22).

e proprie proroghe (cfr. Cons. St., Sez. VI, sent. n. 3348 del 26 maggio 2010).

1.3. In siffatto contesto deve inferirsi che dalle concessioni, affidate nel vigore dell'art. 37 cod. nav. ed anteriormente all'affermazione del principio della c.d. evidenza pubblica comunitaria, sia scaturito un rapporto giuridico di durata indeterminata.

Cosicché tale rapporto giuridico deve ritenersi indifferente alla normativa comunitaria sopravvenuta.

Infatti, la Corte di Giustizia (sentenza del 5 ottobre 2000, in C-337/98 *Commissione / Francia*), ha osservato che «il **diritto comunitario non impone a un'amministrazione aggiudicatrice di uno Stato membro di intervenire, su domanda di un singolo, in rapporti giuridici esistenti, instaurati a tempo indeterminato o con durata pluriennale, qualora tali rapporti siano stati posti in essere prima della scadenza del termine di trasposizione della direttiva**».

Di talché, secondo la sentenza *Commissione / Francia* C-337/98 cit. la decisione di avvalersi di un procedimento negoziato senza preventiva indizione di una gara non può essere ritenuto incompatibile con il diritto comunitario se sorto anteriormente al termine di recepimento della direttiva regolatrice del mercato rilevante nel settore oggetto di tale procedimento negoziato.

Dalla sentenza *Commissione / Francia* C-337/98 si ricava insomma il fondamentale principio secondo cui, nel caso di rapporti giuridici di durata, sorti anteriormente all'affermarsi di una *regola comunitaria*, tali rapporti debbono ritenersi impermeabili al diritto eurounitario sopravvenuto.

Il che costituisce una regola di civiltà giuridica, che è posta a presidio del legittimo affidamento.

2. Il legittimo affidamento nella giurisprudenza europea e costituzionale.

In tema di legittimo affidamento va ricordato che, secondo la Corte EDU, in certe circostanze, il legittimo affidamento del privato ad ottenere o mantenere un bene può rientrare nell'ambito di operatività del citato art. 1 Protocollo Addizionale (v. altresì CEDU, 13 dicembre 2016, *Bélané Nagy v. Hungary* [GC], 53080/13). Nella **sentenza Kopecký** la Corte EDU è stato in particolare affermato che il privato matura un affidamento giuridicamente tutelato anche alla coerenza del comportamento dello Stato e cioè della sua produzione legislativa o della sua attività amministrativa (cfr. CEDU, *Kopecký C. Slovacchia*, 28 settembre 2004 [GC], 44912/98).

E come è noto, la tutela offerta dall'art.1° cit. si riverbera in pieno nell'ordinamento eurounitario per effetto dell'art.17 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, (c.d. Carta di Nizza), cosicché ne discende che ogni lesione ad un bene tutelato dall'art.1° del 1° protocollo come rilevabile dalla giurisprudenza della Corte EDU, si traduce corrispondentemente in una violazione dell'art.17 della Carta di Nizza e da ciò

consegue il necessario “tono comunitario” della controversia, cui corrispondono quegli amplissimi poteri delle giurisdizioni nazionali già affermati da Corte Cost. n.1701/1984 (disapplicazione, rinvio pregiudiziale *ex art.267* del TFUE, rinvio incidentale alla Corte Costituzionale).

Ed infatti, coerentemente agli insegnamenti della CEDU anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha affermato che atti di natura legislativa od amministrativa, in certi casi la prassi amministrativa, sono in grado di generare una situazione di affidamento quando tali atti diano “precise rassicurazioni” (CGUE, 23 ottobre 2003, *Van Der Bergh c. Commissione*, causa C.265/85), “categoriche e concordanti”, fornite da “fonti autorizzate e affidanti” (cfr. Trib. UE, 21 luglio 1998, causa T-66/96 e 221/97, *Mellet*; Tribunale UE, 19 marzo 2003, causa T-273/01, *Innova Privat*, par. 26).

Così pure la Corte Costituzionale, nel richiamare il rapporto tra affidamento dei privati e mutazioni *ex lege* dei rapporti di durata, ha osservato come tali mutazioni siano da considerarsi illegittime laddove contrarie ai principi di certezza del diritto quando “incid[ono] sugli stessi in modo improvviso ed imprevedibile” (cfr. Corte cost., 21 luglio 2016, n. 203 che richiama Corte cost., 1 aprile 2014, n. 64 e Corte cost., 22 ottobre 2010, n. 302).

3. Irragionevolezza dell'applicazione retroattiva della Direttiva servizi alle concessioni sorte anteriormente al suo recepimento e all'affermazione del principio di evidenza pubblica comunitaria.

Dal ricordato formante europeo e costituzionale va inferito come l'applicazione indifferenziata e retroattiva della *Direttiva Servizi* e del principio dell'evidenza pubblica comunitaria conculchi il legittimo affidamento dei concessionari le cui imprese siano sorte anteriormente all'affermarsi di tale principio.

Da qui la necessità che le imprese balneari tutelino tale aspettativa, agendo in sede giurisdizionale al fine di sentir accertare il loro diritto alla stabilità del rapporto; diritto irragionevolmente vulnerato da una riforma normativa (soppressione del diritto di insistenza e del rinnovo automatico) che ha trattato indifferentemente vecchie e nuove concessioni.

Come detto, secondo la Corte Costituzionale, sono *contra Constitutionem* quei mutamenti normativi che incidano su aspettative legittime in modo improvviso ed imprevedibile.

Il che è proprio quanto avvenuto nel caso di specie.

Nella vicenda che ci occupa, infatti, il legislatore, nel sopprimere il diritto di insistenza (art. 1, comma 18, D.L. n. 194/2009 s.m.i., che ha modificato l'art. 37 cod. nav.) e il diritto al rinnovo automatico (art. 11 legge n. 217/2011 che ha abrogato l'art. 10 legge n. 88/2001, c.d. *Legge Baldini*) ha evidentemente ommesso di compiere un contemperamento tra il perseguimento dell'interesse pubblico sotteso al mutamento normativo e «la tutela da

riconoscere al legittimo affidamento di coloro che hanno conseguito una situazione sostanziale consolidata sulla base della normativa previgente» (cfr. **Corte cost., 21 luglio 2016, n. 203**).

Siffatta contrarietà tra il diritto interno e quello costituzionale (europeo e nazionale) potrà essere fatta valere dinanzi al Giudice Amministrativo, quale giudice munito di giurisdizione in tema di concessioni di beni demaniali (cfr. art. 133, comma 1°, *lettera b c.p.a.*), azionando una domanda di accertamento intesa ad affermare il diritto del concessionari "*ante sentenza Telaustria*" alla conservazione del rapporto concessorio oggi in essere, siccome indispensabile al fine di conservare la titolarità di utilità materiali e immateriali che altrimenti verrebbero acquisite allo Stato in difetto di un causa di pubblica utilità per essere poi trasferite ad altri operatori economici.

Mediante tale azione di accertamento potrebbero essere veicolate le censure alle novelle del 2009 e del 2011, denunciandone anzitutto la contrarietà rispetto al formante eurounitario; l'azione al T.A.R. sarebbe cioè volta a provocare un sindacato sulla compatibilità di tali riforme normative rispetto alle fonti europee, provocando un rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE alla Corte di Giustizia.

Al contempo tale azione sarebbe intesa a provocare lo scrutinio di costituzionalità di tali riforme, poste che, si è visto, la tutela del legittimo affidamento assurge anche a parametro di costituzionalità delle fonti interne.

Non dobbiamo infatti negare che la sentenza del TAR Lombardia n.153/2017 che rappresenta il caso giurisprudenziale che ha dato luogo alla sentenza 14 luglio 2016 della Corte di Giustizia, se superficialmente interpretata dalle amministrazioni locali, potrebbe avere un impatto drammatico con riferimento a tutte le concessioni balneari in atto come conseguenti alle proroghe *ex lege* del 2009-2012, tanto da giustificare annullamenti di ufficio generalizzati di esse.

È quindi soltanto con una iniziativa giurisdizionale nei termini di quella qui proposta, che potremo ottenere all'interno dell'ordinamento eurounitario un ambito di tutela giurisdizionale per le concessioni demaniali più risalenti (e comunque ante 2000), che verrebbe a fondarsi sugli stessi principi affermati dalle sentenze *Promoimpresa*.

Riteniamo quindi che l'azione qui proposta sia caldamente consigliabile in questo particolare momento.

Restiamo a disposizione per ogni chiarimento e inviamo i migliori saluti

Avv. Roberto Righi

Avv. Ettore Nesi