

PLUS PLUS

24

DOSSIER
Diritto



www.plusplus24diritto.ilsole24ore.com

AGGIORNAMENTO
AGOSTO 2017



DIRITTO U.E. E DIRITTO INTERNO

VINCOLI E SPAZI DI AUTONOMIA NELLE CONCESSIONI DEMANIALI



A cura della Redazione di Plus Plus24 Diritto

GRUPPO **24** ORE

Premessa

di Morena Luchetti, Avvocato

Con l'avanzare dell'estate il tema delle concessioni demaniali, quasi ciclicamente ogni anno, torna in auge, riprendendo quella forza e quel vigore che nel corso dell'inverno sembrano offuscarsi.

Complice, quest'anno, la nota sentenza della Corte di Giustizia Europea del 14 luglio 2016 n. C-458/14 che, da metà dello scorso anno, ha tenuto "banco" nelle diverse sedi dando il via alla ripresa, a livello legislativo, del progetto di riforma delle concessioni demaniali che già dal lontano 2011, con la Legge Comunitaria del 2010 (Legge 15 dicembre 2011 n. 217, art. 11), si sarebbe dovuto apprestare.

Invero, la *scossa* all'impianto normativo delle concessioni risale indietro nel tempo, ed è provenuta dalla prima procedura di infrazione comunitaria che l'Europa aprì nel 2008 scrutinando l'art. 37 comma 2 del Codice della Navigazione (R.D. n. 327 del 1942), il quale, giova ricordarlo, reca(va): "2. *Al fine della tutela dell'ambiente costiero, per il rilascio di nuove concessioni demaniali marittime per attività turistico-ricreative è data preferenza alle richieste che importino attrezzature non fisse e completamente amovibili. È altresì data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in*

sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze. Qualora non ricorrano le ragioni di preferenza di cui ai precedenti commi, si procede a licitazione privata". A non essere "gradito" al legislatore europeo era non soltanto il c.d. *diritto di insistenza*, ma anche il meccanismo del "rinnovo automatico" delle concessioni, risalente all'art. 10 L. n. 88/2001, su base sessennale.

L'obiezione di fondo mossa al diritto interno riguardava l'incompatibilità delle norme anzidette, volte al prolungamento della durata dei titoli concessori ed al mantenimento delle attività di lunga tradizione, con i principi "cardine" dell'ordinamento comunitario, tratti sia dalla Direttiva Servizi 2006/123/CE, c.d. Direttiva Bolkestein, che dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea – TFUE – con particolare riferimento all'art.49.

In particolare, l'art. 12 Direttiva Servizi (relativa ai servizi nel mercato interno) dispone:

1. *"Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato dalla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preve-*

da, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamente.

2. *Nei casi di cui al paragrafo 1 l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami.*

3. *Fatti salvi il paragrafo 1 e gli articoli 9 e 10, gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto [dell'Unione]".*

Al considerando 57 della stessa Direttiva si precisa 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".

Le norme del Trattato, particolarmente rilevanti in termini di concorrenza, sono invece quelle di cui all'art. 49, incentrate sulla c.d. *libertà di stabilimento*:

• *"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."

Nel ritenere **non** compatibile con il diritto comunitario una misura interna che sancisca la proroga della concessione demaniale marittima in assenza di procedure competitive, la Corte GUE argo-

menta la decisione sottolineando i punti di "debolezza" delle disposizioni interne, lasciando al contempo margini di autonomia che possono (*rectius*: debbono) essere colmati dalle P.A. e dai Giudici interni, ovviamente con adeguata motivazione.

LA SENTENZA DEL 14 LUGLIO 2016 CGUE: PROFILI DI CONTRASTO E MARGINI DI DISCREZIONALITÀ INTERNA

Prima di vagliare la compatibilità con l'art. 12 della Direttiva Servizi la Corte esplicita il concetto di "autorizzazione".

Ai sensi dell'art. 4 punto 6. della Direttiva è "autorizzazione" *"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"*.

Così definita, nell'alveo dell'autorizzazione la Corte fa rientrare anche la "concessione", in quanto titolo rilasciato dalla competente autorità per *accedere* ad una attività di servizio.

Tenuto conto dell'anzidetto art. 12 della Direttiva, paragrafo 1, quando la concessione (o autorizzazione) da rilasciarsi sia in numero limitato in ragione della *scarsità della risorsa naturale* o per le *particolari capacità tecniche* utilizzabili, gli Stati sono tenuti ad adottare una procedura selettiva tra candidati potenziali nel rispetto dei principi di **trasparenza, pubblici-**

tà e non discriminazione.

La Corte esalta i principi di ordine generale [relativi prima ancora che alle procedure selettive ad ogni tipo di attività procedimentale delle pubbliche amministrazioni (*cf.* Legge n. 241/90, art. 1 comma 1)], per costituirne il *formante* da cui attingere nella definizione dei procedimenti di assegnazione delle concessioni; scolpisce i principi ripentendoli più volte nel corso della decisione a motivo della loro imprescindibilità e tenuta.

È dunque sancito che nell'ipotesi di concessioni "limitate", gli Stati debbano osservare procedure trasparenti per effettuare legittimamente la scelta del miglior candidato.

Nel sottolineare il punto, la Corte, simultaneamente rispetto all'individuazione del vincolo, definisce l'ambito di **autonomia** "interno", ricordando che la valutazione circa la scarsità della risorsa naturale è rimessa al Giudice nazionale, e non a quello comunitario. Non sarà, quindi, la Corte a dover compiere l'esame della concessione con riferimento alla scarsità del bene, ma sarà l'Italia, e per essa il Giudice, a valutare in concreto se il titolo attiene o meno ad un bene "scarso". Ed è ovvio che, in siffatta valutazione, a concorrere in sede di giudizio vi sono diversi elementi significativi ai quali occorrerà dare adeguato rilievo quali, ad esempio, la *collocazione geografica della concessione*, il *contesto ambientale di riferimento*, nonché il *numero delle concessioni assentite rispetto al bene demaniale concedibile*. Non può, pertanto, la Corte esami-