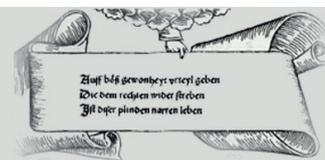




Jurisdiction



Storia e prospettive della Giustizia

N. 2-2021 - VITA GIUDIZIARIA 3

ISSN 2724-2161

Giuseppe Molfese Giuseppe Rossini

LA DISCIPLINA DELLE CONCESSIONI
DEMANIALI ALLA LUCE
DELLA C.D. DIRETTIVA BOLKESTEIN

Editoriale Scientifica

Giuseppe Molfese
Giudice del Tribunale di Latina

Giuseppe Rossini
Avvocato del Foro di Potenza

LA DISCIPLINA DELLE CONCESSIONI DEMANIALI ALLA LUCE DELLA C.D. DIRETTIVA BOLKESTEIN

1. *La vicenda processuale (Cass., sez. III, Ord. n. 21281 del 16 marzo 2018)*

Un'area demaniale marittima, ed il prospiciente specchio di acqua, destinati a sede di un circolo tennis e vela e relativo campo boe, venivano sottoposti a sequestro dal GIP competente che riteneva sussistente il *fumus* del reato di occupazione abusiva di spazio demaniale marittimo, ex artt. 54 (occupazioni e innovazioni abusive) e 1161 (Abusiva occupazione di spazio demaniale e inosservanza di limiti alla proprietà privata) di cui al R.D. n. 327/1942 (c.d. Codice della Navigazione).

Avverso tale ordinanza il proprietario del circolo proponeva ricorso per Cassazione per diversi motivi di doglianza.

In particolare, egli deduceva, a mezzo del difensore di fiducia iscritto all'albo ex art. 613 c.p.p., violazione di Legge in relazione agli artt. 54 e 1161 del Cod. Nav., nonché dell'art. 1, D.L. n. 400/1993 (Disposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime) e dell'art. 1, co. 18, del D.L. n. 194/2009 (Proroga di termini previsti da disposizioni legislative).

A parere del ricorrente, non si discuteva di una ipotesi di rinnovo, bensì di proroga di concessione demaniale marittima per finalità ricreative-sportive soggetta, quindi, alla disciplina di cui all' art. 1, D.L. n. 400/1993 e ciò alla luce della proroga quinquennale (dal 31.12.2015 al 31.12.2020) introdotta dal D.L. n. 179/2012, art. 34 *duodecies*, della scadenza delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico – ricreative sportive, nonché destinate a porti turistici, porti, approdi e punti di ormeggio dedicati alla nautica da diporto.

Nell'atto di gravame il ricorrente riteneva inoltre che, anche per effetto delle decisioni della CGUE seguite alla pubblicazione della c.d. direttiva Bolkestein n. 2006/123/UE, il D.L. n. 113/2016, art. 24-*speties*, co. 3, conferiva validità *ex lege* ai rapporti concessori già instaurati e pendenti in base al D.L. n. 194/2009, art. 1, co. 18, che aveva

prorogato fino al 31.12.2020 la durata delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, in essere al 30.12.2009 ed in scadenza entro il 31.12.2015.

2. *La c.d. Direttiva Bolkestein*

La direttiva dell'Unione Europea 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato europeo comune, è stata presentata dalla Commissione Europea nel febbraio 2004, ed approvata ed emanata nel 2006. Prende il nome da Frits Bolkestein, commissario europeo per il mercato interno della Commissione Prodi, che ne ha curato e sostenuto l'approvazione.

Basata sugli articoli 47.2 e 55 del TFUE, è organizzata su tre ambiti: eliminazione degli ostacoli alla libertà di stabilimento, eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione dei servizi, instaurazione della fiducia reciproca tra stati membri.

Come è noto, la direttiva ha introdotto una serie di disposizioni tese ad agevolare la liberalizzazione dei servizi, nell'ottica della effettiva costruzione del mercato unico europeo.

In particolare prevede che per i servizi assoggettati, nei singoli ordinamenti nazionali, a regimi di diritto amministrativo che ne limitino o contingentino l'esercizio, l'assegnazione del provvedimento necessario all'esercizio del servizio stesso, debba avvenire all'esito di procedure competitive trasparenti e non discriminatorie¹. Caratteristiche, queste ultime, che la giurisprudenza europea ritiene assicurate dall'esperienza di gare pubbliche.

Tra i servizi espressamente menzionati dalla direttiva Bolkestein vi sono i servizi turistici: anche in forza di ciò si è diffuso, soprattutto in giurisprudenza, il convincimento secondo cui l'obbligo di assegnare le concessioni balneari mediante procedure pro-concorrenziali trovi, nella direttiva stessa, il proprio puntuale fondamento di diritto positivo.

¹ L'art. 12 (selezione tra diversi candidati) co. 1 stabilisce che: «qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della 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 preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento 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».

Questa conclusione, invero, è tutt'altro che scontata. La direttiva in questione, infatti, ha ad oggetto la liberalizzazione dei servizi ed è, dunque, destinata ad intervenire su scenari di diritto interno nei quali si condiziona l'esercibilità di determinati servizi ad una legittimazione fondata sul rilascio di un apposito titolo abilitativo/autorizzativo.

Non è certo questo il caso delle attività turistico-balneari, che nell'ordinamento italiano risultano pienamente liberalizzate, non essendo previsto alcun regime autorizzatorio né alcun regime giuridico di contingentamento.

In altre parole, per lo svolgimento delle attività imprenditoriali nel settore in questione è necessario richiedere ed ottenere una concessione demaniale che consenta, per un determinato periodo, l'uso esclusivo degli arenili. Il provvedimento concessorio si limita, però, ad assicurare il presupposto estrinseco dell'attività imprenditoriale che in concreto verrà esercitata.

La concessione, dunque, non rappresenta il titolo che consente l'esercizio dell'attività, bensì l'atto che conferisce il diritto di utilizzare un bene indispensabile al materiale esplicarsi dell'attività medesima².

2. *La quaestio iuris affrontata dalla Suprema Corte*

La Suprema Corte, dichiarando in via preliminare il ricorso «in parte inammissibile perché generico per aspecificità ed, in parte, infondato», ha richiamato un proprio orientamento, ormai pacifico, secondo cui «è inammissibile il ricorso per cassazione fondato su motivi non specifici, ossia generici ed indeterminati, che ripropongono le stesse ragioni già esaminate e ritenute infondate dal giudice del gravame o che risultano carenti della necessaria correlazione tra le argomentazioni riportate dalla decisione impugnata e quelle poste a fondamento dell'impugnazione»³.

Ciò nonostante, esaminati i motivi di gravame, la Terza Sezione penale ha precisato che il sequestro dell'area demaniale marittima è intervenuto dopo aver accertato che il circolo velico era in possesso di due concessioni scadute entrambe in data 21.12.2011 e che, nell'ambito del procedimento amministrativo in corso per il rinnovo,

² Così, A. GIANNELLI, *Beni sfruttabili o consumabili: demanio marittimo e porti*, in AA.VV., *I beni pubblici tra titolarità e funzione*, Cedam, Padova 2018.

³ v., Cass. Pen., Sez. IV, n. 18826/2012; Cass. pen., sez. IV, n. 34270/2007.

era stato notificato al concessionario avviso di avvio del procedimento finalizzato al diniego delle concessioni stesse.

Orbene, ai fini dell'integrazione del reato *ex art. 1161 Cod. Nav.*, la proroga legale dei termini di durata delle concessioni demaniali marittime, prevista dal D.L. n. 194/2009, art. 1, co. 18, (conv. in L. 26 febbraio 2010, n. 25), presuppone la titolarità di una concessione demaniale valida ed efficace⁴.

Nel caso di specie, però, le due concessioni rilasciate al ricorrente, rispettivamente nel 2007 e nel 2008, risultavano ormai scadute, senza che il titolo concessorio fosse stato oggetto di legittime proroghe tacite, escluse dalla normativa vigente in materia.

Nella sentenza in commento, i Giudici di Piazza Cavour hanno poi ribadito che il reato di abusiva occupazione di spazio demaniale marittimo – *ex art. 1161 Cod. Nav.* – si configura anche in caso di occupazione protrattasi oltre la scadenza del titolo, a nulla rilevando l'esistenza della pregressa concessione e la tempestiva presentazione dell'istanza di rinnovo⁵, attesa la natura costitutiva del diritto e non meramente autorizzatoria del provvedimento amministrativo di concessione⁶.

In tema di concessioni, poi, il D.L. n. 400/1993, art. 1, co. 2, abrogato dalla L. n. 217/2011, art. 11, co. 1 (Disposizioni per

⁴ Cfr., per tutte, Cass. Pen. Sez. III, n. 33170/2013, secondo la quale «ai fini dell'integrazione del reato previsto dall'art. 1161 c. nav., la proroga legale dei termini di durata delle concessioni demaniali marittime - prevista sino al 31 dicembre 2020 dall'art. 1 comma 18 d.l. 30 dicembre 2009 n. 194 e successive modifiche - non opera automaticamente, presupponendo un'espressa richiesta da parte del soggetto interessato al fine di consentire la verifica, da parte della autorità competente, dei requisiti richiesti per il rilascio del rinnovo».

⁵ Sul punto v., Cass. Pen., Sez. III, n. 34622/2011.

⁶ Cfr., Cass. Sez. III, n. 2545/1997 secondo cui: «L'occupazione dello spazio demaniale marittimo è 'arbitraria' (art. 1161 c. nav.) e, cioè, *contra legem*, quando non sia legittimata da titolo concessorio, valido ed efficace, in precedenza rilasciato. L'atto formale di concessione non può essere surrogato da autorizzazioni verbali, eventualmente provenienti da organi della pubblica amministrazione, poiché la volontà di questa si manifesta validamente, in questa materia, con provvedimenti formali, in forza dei quali soltanto si instaura il rapporto di concessione. Tali principi trovano applicazione anche nel caso di cosiddetta proroga o di rinnovo della concessione, sicché la protrazione dell'occupazione di spazio marittimo, da parte del privato, in attesa dell'emanazione del nuovo provvedimento di concessione, è da considerarsi 'arbitraria', secondo la previsione dell'art. 1161 c. nav., così come l'occupazione per la prima volta, senza che vi sia mai stato un atto di concessione».

l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità Europee - Legge comunitaria 2010) stabiliva che «Le concessioni di cui al comma 1, indipendentemente dalla natura o dal tipo degli impianti previsti per lo svolgimento delle attività, hanno durata di sei anni. Alla scadenza si rinnovano automaticamente per altri sei anni e così successivamente ad ogni scadenza, fatto salvo l'art. 42 c.n., comma 2. Le disposizioni del presente comma non si applicano alle concessioni rilasciate nell'ambito delle rispettive circoscrizioni territoriali dalle autorità portuali di cui alla L. 28 gennaio 1994, n. 84».

L'abrogazione di tale norma, però, si era resa necessaria al fine di definire la procedura di infrazione n. 2008/4908 avviata ai sensi dell'art. 258 del TFUE e per rispondere all'esigenza degli operatori del mercato di usufruire di un quadro normativo stabile che, conformemente ai principi comunitari, consentisse lo sviluppo e l'innovazione dell'impresa turistico-balneare-ricreativa. L'instaurazione della procedura d'infrazione e la successiva abrogazione della norma erano conseguenza di un contrasto della normativa interna, oltre che con i principi del Trattato in tema di concorrenza e di libertà di stabilimento, con la direttiva n. 2006/123/CE nella parte in cui, con l'art. 12, comma 2, esclude il rinnovo automatico della concessione.

4. *Orientamenti giurisprudenziali*

La Corte di Giustizia (sentenza 14 luglio 2016, pronunciata nelle cause riunite C-458/14 e C-67/15), ha chiarito che le concessioni demaniali marittime non possono essere automaticamente rinnovate, poiché, una siffatta procedura contrasterebbe con il principio della libertà di stabilimento, di non discriminazione e di tutela della concorrenza, di cui agli artt. 49, 56 e 106 del TFUE.

Inoltre, a parere della Corte, l'art. 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio stabilisce che il rilascio delle concessioni demaniali marittime e lacuali deve necessariamente avvenire attraverso una gara pubblica che consenta a tutti gli operatori economici di inserirsi nel mercato.

Detta norma, deve essere interpretata nel senso che osta a una misura nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e

lacuali in essere per attività turistico ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati.

Premessi questi principi generali, la CGUE sembra consentire alcune “aperture”: I) l’assegnazione di una concessione in assenza di trasparenza costituisce disparità di trattamento a danno di imprese che potrebbero essere interessate alla medesima concessione solo qualora siffatta concessione presenti un interesse transfrontaliero certo; II) l’interesse transfrontaliero dovrà essere certo e, quindi, verificato caso per caso sulla base di elementi quanto più possibile oggettivi. La Corte individua tali elementi in «tutti i criteri rilevanti, quali l’importanza economica dell’appalto, il luogo della sua esecuzione o le sue caratteristiche tecniche, tenendo conto delle caratteristiche proprie dell’appalto in questione (...), nonché della situazione geografica del bene e del valore economico di tale concessione»; III) la disparità di trattamento potrebbe essere giustificata da motivi imperativi di interesse generale, in particolare dalla necessità di rispettare il principio della certezza del diritto e, in buona sostanza, il legittimo affidamento del concessionario uscente; IV) anche in tal caso si rende necessaria una verifica caso per caso, potendosi giustificare la proroga ove determinata dalla necessità di consentire al concessionario di ammortizzare gli investimenti realizzati; V) l’applicabilità alle concessioni demaniali italiane della direttiva Bolkenstein è demandata al giudice nazionale, il quale dovrà verificare se dette concessioni debbano essere oggetto di un numero limitato di autorizzazioni per via della scarsità delle risorse naturali; F) avendo attribuito detta facoltà di verifica al giudice, possiamo presumere che, anche sotto tale profilo, l’accertamento vada effettuato caso per caso e sulla base di criteri oggettivi, appuntati sul territorio ove insiste la concessione⁷.

Il Legislatore italiano è intervenuto con il D.L. n. 113/2016 (convertito con mod. nella L. n. 160/2016 recante: «Misure finanziarie urgenti per gli enti territoriali e il territorio»), che, in applicazione di quanto previsto della sentenza CGUE ha previsto, all’art. 24, co. 3-*septies*, che «Nelle more della revisione e del riordino della materia in conformità ai principi di derivazione Europea, per garantire certezza alle situazioni giuridiche in atto e assicurare l’interesse pubblico

⁷ Cfr. N. GENGA, M. PROSPERO, G. TEODORO, *I beni comuni tra costituzionalismo e ideologia*, Giappichelli, Torino 2014; J. DOTTI, A. RAPACCINI *L’Italia di tutti. Per una nuova politica dei beni comuni*, Vita e Pensiero, Milano 2019; O. PERRINI, *Il prisma dei beni comuni tra diritto e scienze umane*, Mimesis, Milano 2018.

all'ordinata gestione del demanio senza soluzione di continuità, conservano validità i rapporti già instaurati e pendenti in base al D.L. 30 dicembre 2009, n. 194, art. 1, comma 18, convertito, con modificazioni, dalla L. 26 febbraio 2010, n. 25».

Nel caso *de quo*, il ricorrente sosteneva che la normativa del 2016 estendeva la validità *ex lege* dei rapporti concessori già instaurati e pendenti in base al D.L. n. 194/2009, che aveva prorogato fino al 31.12.2020 la durata delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico ricreative in essere al 30.12.2009, data di entrata in vigore del decreto, e in scadenza entro il 31.12.2015.

La Corte, non condividendo tale assunto, ha precisato che la L. n. 160/2016 si è limitata a stabilire che «[...] conservano validità i rapporti già instaurati e pendenti in base al D.L. 30 dicembre 2009, n. 194, art. 1, comma 18, convertito, con modificazioni, dalla L. 26 febbraio 2010, n. 25. Il logico corollario di tale impostazione è che le disposizioni ex L. n. 194 del 2009 si riferiscono esclusivamente alle concessioni nuove, ovvero a quelle sorte dopo la L. n. 88 del 2001, e comunque valide a prescindere dalla proroga automatica di cui al D.L. n. 400 del 1993, come modificato dalla L. n. 88 del 2001, introdotta nel 1993 ed abrogata nel 2001».

Alla luce di ciò, emerge che una diversa, ed inammissibile, interpretazione, così come quella fornita dal ricorrente, porterebbe a ritenere che il legislatore abbia abrogato espressamente la disciplina della proroga automatica nel 1993, in quanto in contrasto con la normativa Europea, salvaguardandone comunque gli effetti e, in tal modo, operando in contrasto con la disciplina comunitaria.

Oltre a ciò, al caso di specie sarebbero comunque inapplicabili le disposizioni di cui al D.L. n. 179/2012, che prevedono la proroga automatica delle concessioni sino al 31 dicembre 2020, richiedendo la norma una espressa istanza da parte del concessionario ed un provvedimento espresso da parte del Comune previa necessaria verifica, non solo della esistenza a monte di un titolo valido ma anche del permanere dei requisiti in capo al concessionario. Ed infatti la proroga è applicabile soltanto ad alcune tipologie di concessione, circostanza che impone una verifica da parte della competente amministrazione sul rilievo che la proroga, riguardando una concessione valida ed ancora in essere, presuppone un controllo circa la sussistenza di tale condizione e la permanenza dei requisiti richiesti per il suo rilascio, il che implica, ancora una volta, l'esigenza di una verifica.

L'inapplicabilità del D.L. n. 179/2012 alle concessioni preesistenti, già prorogate automaticamente e da ritenersi scadute, si rinviene anche nella sentenza della Corte costituzionale n. 171/2013, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della L.R. Liguria 30 luglio 2012, n. 24, art. 1.

Tale Legge, recante «Modifica della L.R. 28 aprile 1999, n. 13 (Disciplina delle funzioni in materia di difesa della costa, ripascimento degli arenili, protezione e osservazione dell'ambiente marino e costiero, demanio marittimo e porti) per la salvaguardia dei litorali erosi dalle mareggiate», prevede, a determinate condizioni, una proroga automatica delle concessioni del demanio marittimo a favore del soggetto già titolare della concessione, senza nemmeno determinarne la durata temporale e il rinnovo o la proroga automatica delle concessioni.

Emerge, *ictu oculi*, come il richiamato provvedimento violi l'art. 117 Cost., co. 1, per contrasto con i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario in tema di libertà di stabilimento e di tutela della concorrenza, determinando altresì una disparità di trattamento tra operatori economici, in violazione dell'art. 117, comma 2, lett. e), dal momento che coloro che in precedenza non gestivano il demanio marittimo non hanno la possibilità, alla scadenza della concessione, di prendere il posto del vecchio gestore se non nel caso in cui questi non chieda la proroga o la chieda senza un valido programma di investimenti.

La disciplina regionale, impedendo l'ingresso di altri potenziali operatori economici nel mercato, pone barriere all'ingresso, tali da alterare la concorrenza.

Anche la giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 525 del 29 gennaio 2013) si è espressa in tal senso ricordando come la Corte Costituzionale (sentenze nn. 213/2011, 340/2010, 233/2010 e 180/2010) abbia ripetutamente rilevato che le disposizioni le quali prevedono proroghe automatiche di concessioni demaniali marittime violano l'art. 117, co. 1, Cost. per contrasto con i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario in tema di diritto di stabilimento e di tutela della concorrenza e ciò in quanto l'automatismo della proroga della concessione determina una disparità di trattamento tra gli operatori del settore, violando i principi di concorrenza.

A ciò va aggiunto che, successivamente all'entrata in vigore del D.L. n. 113/2016, art. 24, co. 3-*septies*, (conv. con modd. Nella L. n. 160/2016), lo stesso Consiglio di Stato (Sez. VI, sentenza 12 febbraio 2018, n. 873) ha ritenuto irrilevante la sopravvenuta disposizione di cui al citato art. 24, co 3-*septies*.

In particolare, osservano i Giudici amministrativi, tale disposizione, laddove stabilizza gli effetti della disciplina come sopra dichiarata in contrasto con il diritto “Euro unitario”, incorre essa stessa nello stesso vizio di incompatibilità con l’art. 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE e, comunque, con l’art. 49 TFUE, talché anche tale disciplina sopravvenuta deve essere disapplicata e non può dunque costituire valido parametro di giudizio ai fini della decisione della fattispecie *sub iudice*.

4.1. *La disciplina italiana in materia di concessioni ed i “contrast” con l’Unione Europea*

La materia delle concessioni balneari risulta caratterizzata da un impianto normativo complesso ed è stata, negli anni, oggetto di tensioni non solo in Italia ma anche in altri Stati membri dell’Unione Europea⁸.

In particolare, nel sistema legislativo italiano, le concessioni balneari sono oggetto di una articolata disciplina, soprattutto in relazione a competenze, procedure e criteri per la determinazione dei canoni⁹.

In particolare, la problematica connessa alla durata ed al rinnovo automatico delle concessioni demaniali marittime, è stata sollevata dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato (c.d. AGCM) nella segnalazione AS481 del 20 ottobre 2008¹⁰.

Le disposizioni nazionali oggetto della segnalazione dell’AGCM sono le seguenti:

I) l’art. 37, co. 2, secondo periodo, Cod. nav. che – nella formulazione all’epoca vigente – prevedeva il cosiddetto diritto di insistenza

⁸ Si veda G. MICCIARELLI, *Commoning Beni comuni urbani come nuove istituzioni. Materiali per una teoria dell'autorganizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018; E. VITALE *Contro i beni comuni una critica illuminista*, Laterza, Bari, 2013; D. BOLLIER, *La rinascita dei Commons. Successi e potenzialità del movimento globale a tutela dei beni comuni*, Stampa Alternativa, Viterbo 2015.

⁹ Si veda, sul punto, C. BENETAZZO, S. GOBBATO, *Concessioni balneari in Italia e Direttiva 2006/123/EC, nel contesto europeo*, Studio per la Commissione Peti, 2017, in [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596809/IPOL_STU\(2017\)596809_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596809/IPOL_STU(2017)596809_IT.pdf)

¹⁰ Sul punto, cfr., A. MARTINI *L’infinita storia delle concessioni demaniali marittime – la sentenza della Corte di Giustizia dell’UE*, in <https://cinquesocisrl.it/wp-content/uploads/2021/03/linfinita-storia-delle-concessioni-demaniali-marittime-la-sentenza-della-corte-di-giustizia-dellue-avv.-Martini.pdf>

del concessionario “uscente” stabilendo che: «[...] È altresì data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze [...]»;

II) l'art.1, co. 2, del D.L. n. 400/1993, che prevedeva che le concessioni demaniali marittime avessero una durata di sei anni e fossero automaticamente rinnovate ad ogni scadenza per ulteriori sei anni, a semplice richiesta del concessionario, fatto salvo il diritto di revoca di cui all'articolo 42 del codice della navigazione.

A seguito di tale segnalazione, la Commissione europea ha inviato all'Italia, il 29 gennaio 2009, una lettera di messa in mora (procedura di infrazione n. 2008/4908) con riferimento alle norme oggetto della segnalazione, contestandone la compatibilità con il diritto comunitario e, in particolare, con il principio della libertà di stabilimento (ricorso per inadempimento ex art. 257 TFUE).

A parere della Commissione, le norme indicate dall'AGCM, costituissero una discriminazione per le imprese provenienti da altri Stati membri, che si trovavano nella condizione di essere ostacolate dalla preferenza accordata al concessionario uscente.

La Commissione, riportandosi alla consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea in merito all'art. 49 TFUE, ha precisato che le persone giuridiche devono poter esercitare la libertà di stabilimento «senza essere soggette all'applicazione di norme nazionali che non rispettano il principio della parità di trattamento. [...] Le misure discriminatorie sono giustificate soltanto in base a una delle deroghe previste dagli articoli 45 e 46 del trattato CE [attuali artt. 51 e 52 TFUE], peraltro nel rispetto del principio di proporzionalità».

L'Organo dell'UE ha rilevato, inoltre, che le disposizioni italiane in esame «snaturano la procedura di selezione provocando la rottura della parità di trattamento dei diversi operatori economici e, nella pratica, rendono estremamente difficile, se non impossibile, l'accesso di qualsiasi altro concorrente a dette concessioni. Tali disposizioni sono quindi tali da dissuadere altre imprese dal candidarsi e dall'offrire servizi più efficienti per le nuove concessioni, o addirittura da impedirlo».

Tenendo ferma la procedura di infrazione, la Commissione ha formulato ulteriori contestazioni all'Italia rilevando, in particolare, alcune discrepanze tra il testo originario del D.L. n. 194/2009 e quello della relativa Legge di conversione n. 25/2010, la quale recava, in particolare, un rinvio indiretto – e non previsto nel testo del decreto legge – all'art.1, co. 2, D.L. n. 400/1993.

Tale rinvio, stabilendo il rinnovo automatico di sei anni in sei anni, per le concessioni che giungono a scadenza, risultava assolutamente contrario alla normativa UE, in particolare con riferimento all'art. 12 della direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno e con l'articolo 49 del T.F.U.E., che vieta le restrizioni alla libertà di stabilimento.

Alla luce delle suddette considerazioni la Commissione ha inviato all'Italia, il 5 maggio 2010, una ulteriore lettera di messa in mora complementare con la quale è stato chiesto di trasmettere, entro due mesi, le proprie osservazioni sui nuovi rilievi formulati.

In aggiunta, la Commissione si esprime anche in merito all'incompatibilità del quadro giuridico italiano con il principio della certezza del diritto quale "principio generale del diritto Comunitario" che esige che «le norme giuridiche siano chiare, prevedibili nei loro effetti».

Sul punto la Commissione rileva che le disposizioni nazionali in questione, "creano un contesto giuridico ambiguo per gli operatori economici", tale da porsi in contrasto con il principio comunitario della certezza del diritto¹¹.

La procedura di infrazione n. 2008/4908 è stata chiusa dalla Commissione europea il 27 febbraio 2012 a seguito dell'emanazione, da parte dell'Italia, dell'art. 11 della l. 15 dicembre 2011 n. 217, il quale ha in particolare abrogato la previsione normativa che consentiva il rinnovo automatico di sei anni in sei anni.

4.2. *Normativa nazionale e normativa europea: il tema della disapplicazione*

L'articolo 4, n. 3, del Trattato sull'Unione Europea, stabilisce che «gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione»¹².

Alla luce del principio di leale cooperazione, gli Stati membri hanno l'obbligo di dare effettiva attuazione al diritto dell'Unione.

¹¹ Si veda: S. ZAMAGNI, *L'economia del bene comune*, Città Nuova, Roma 2007; U. MATTEI, A. QUARANTA, *Punto di svolta. Ecologia, tecnologia e diritto privato. Dal capitale ai beni comuni*, Aboca Edizioni, Sansepolcro 2018.

¹² Sull'argomento cfr. G. GRASSO, *La disapplicazione della norma interna contrastante con le sentenze della Corte di Giustizia dell'U.E.*, Milano 2016.

La conseguenza immediata è l'applicazione della norma di rango Europeo, laddove la stessa risulti chiara, precisa ed incondizionata¹³.

Da ciò discende, quindi, l'obbligo del Giudice nazionale di applicare integralmente il diritto dell'Unione e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, disapplicando – o meglio non applicando – la norma interna contrastante con quella europea.

L'applicazione della normativa sovranazionale, direttamente efficace all'interno dell'ordinamento italiano, non dà luogo a ipotesi di abrogazione o di deroga, né a forme di caducazione o di annullamento per invalidità della norma interna incompatibile, ma produce la disapplicazione di quest'ultima, seppure nei limiti di tempo e nell'ambito materiale entro cui le competenze UE sono legittimate a svolgersi¹⁴.

Secondo l'interpretazione fornita dalla Consulta¹⁵, l'ordinamento statale e quello comunitario sono distinti e al tempo stesso coordinati secondo la ripartizione di competenze stabilita dai trattati istitutivi dell'Unione Europea. Nelle materie in cui sono competenti gli organi della UE, le norme europee prevalgono su quelle statali.

Il fondamento dell'applicazione diretta del diritto dell'Unione in Italia si rinviene, *in primis*, nell'art. 11 Cost., la cui seconda parte stabilisce che l'Italia «consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo».

Oltre a ciò, l'art. 117, co. 1, Cost., sancisce che «la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

¹³ Cfr., sul punto, Corte Giust. 15 luglio 1964, causa 6/64, *secondo cui*: «il diritto nato dal trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa comunità. Il trasferimento, effettuato dagli stati a favore dell'ordinamento giuridico comunitario, dei diritti e degli obblighi corrispondenti alle disposizioni del trattato implica quindi una limitazione definitiva dei loro diritti sovrani, di fronte alla quale un atto unilaterale ulteriore, incompatibile col sistema della comunità, sarebbe del tutto privo di efficacia».

¹⁴ Corte Cost., 11 luglio 1989, n. 389, in *Corriere giur.*, 1989, 1058, con nota di CAPPELLI.

¹⁵ Corte Cost. 8 giugno 1984, n. 170; Corte cost. 11 luglio 1989, n. 389; Corte cost. 18 aprile 1991, n. 168.

Il contrasto tra norme statali e disciplina UE non dà luogo all'invalidità o all'illegittimità delle norme interne, ma comporta la loro disapplicazione o non applicazione al caso concreto.

L'obbligo di interpretazione conforme del diritto interno alla luce del diritto UE viene meno solo quando la norma interna appaia assolutamente incompatibile con quella dell'Unione mentre permane in presenza di un margine, anche minimo, di discrezionalità che consenta all'interprete di scegliere tra più interpretazioni comunque plausibili della disposizione nazionale¹⁶.

5. Conclusioni

La Suprema Corte, confermando *in toto* la decisione impugnata, ha ritenuto sussistente, reato di occupazione abusiva di area demaniale, per due motivi.

In primis, le concessioni demaniali in questione devono considerarsi scadute, e non prorogate, tanto sul presupposto che il D.L. n. 194/2009, art. 1, comma 18, conv. in L. 26 febbraio 2010, n. 25 prevede che il termine di durata delle concessioni "in essere" alla data di entrata in vigore del predetto decreto e in scadenza entro il 31 dicembre 2015 sia prorogato fino al 31 dicembre 2020, con la logica conseguenza che la proroga vale per le concessioni 'nuove' (nel senso di successive al D.L. n. 194 del 2009 conv. in L. n. 25 del 2010) in quanto «in essere alla data di entrata in vigore del (...) decreto (n. 194 del 2009 n.d.r.) e in scadenza» e tali non erano le concessioni originariamente emesse a favore del ricorrente.

Per il secondo motivo, deve essere disapplicata, in ogni caso, la normativa di cui al D.L. 24 giugno 2016, n. 113, art. 24, comma 3-septies, convertito con la L. 7 agosto 2016, n. 160, poiché tale disposizione, laddove stabilizza gli effetti della disciplina come sopra dichiarata in contrasto con il diritto Eurounitario, incorre essa stessa nello stesso vizio di incompatibilità con l'art. 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE e, comunque, con l'art. 49 TFUE.

¹⁶ Così, Cass. Civ., Sez. Trib., n. 22577/2012 in *Riv. it. Dir. Pubbl. Comm.*, 2013, 3-4, 835