



OSSERVATORIO SULLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA N. 2/2024

1. L'ACCESSIONE GRATUITA NEL CODICE DELLA NAVIGAZIONE E IL POSSIBILE CONTRASTO CON LA LIBERTÀ DI STABILIMENTO: IN ATTESA DELLA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

1. *L'art. 49 del codice della navigazione e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*

Il Consiglio di Stato ha investito la Corte di giustizia sulla questione della compatibilità dell'art. 49 del codice della navigazione con la libertà di stabilimento garantita dal TFUE (C.d.S., sez. VII, ordinanza, 15.9.2022 n. 8010).

La norma dispone che, alla scadenza della concessione demaniale, le opere non amovibili, realizzate dal privato concessionario, restano acquisite allo Stato, proprietario del suolo, senza compenso o rimborso (T.A.R. Toscana Firenze, Sez. III, 09-10-2017, n. 1168). Salva la facoltà dell'autorità concedente di ordinarne la demolizione con la restituzione del bene demaniale nel pristino stato.

Secondo la giurisprudenza amministrativa, l'acquisizione a titolo gratuito in favore dello Stato si verifica, automaticamente, anche nel caso di rinnovo della precedente concessione scaduta. In questo caso, però, il concessionario si espone ad una duplice conseguenza pregiudizievole. In prima istanza, come detto, subisce la perdita della costruzione senza ricevere alcun compenso. Secondariamente, atteso il rinnovo, è costretto al pagamento di un canone maggiorato a causa di detta costruzione, in quanto la stessa è ora da considerare come bene pubblico (pertinenza demaniale) e non più proprietà privata (superficiaria).

Tale duplice effetto, per il giudice remittente, ha come conseguenza quella di rendere meno allettante lo stabilimento di operatori economici degli altri Stati membri, che fossero stati interessati al medesimo bene, con palese violazione delle libertà di stabilimento e di prestazioni dei servizi (artt. 49 e 56 TFUE).

Il Consiglio di Stato sorregge l'argomentazione, richiamando la sentenza *Laezza*, in materia di concessione dei giochi d'azzardo (Corte di giustizia 28.01.2016, causa C-375/14, *Rosanna Laezza*, EU:C:2016:60. G. STUPPIA, *La cessione gratuita dei beni per la raccolta di scommesse al vaglio della Corte*, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, p.533 ss.). Con questa decisione la Corte di giustizia reputò contraria, alle libertà di circolazione, la normativa italiana che imponeva al concessionario di cedere a titolo non oneroso, all'atto della cessazione dell'attività - ivi compresa l'ipotesi in cui tale cessazione fosse avvenuta per il semplice fatto della scadenza del termine di concessione - l'uso delle attrezzature utilizzate per la raccolta di scommesse, in quanto ciò poteva rendere meno allettante l'esercizio di tale attività.

Infatti, il rischio per un'impresa di dover cedere l'uso dei beni in suo possesso, senza contropartita economica, poteva impedire a detta impresa di trarre profitto dal proprio investimento.

2. *L'acquis dell'UE sulle concessioni demaniali: dalle procedure competitive di affidamento all'indennizzo delle opere per la fine della concessione?*

La sentenza di rinvio pregiudiziale del 2022 potrebbe costituire l'occasione affinché la Corte di giustizia chiuda il cerchio sulla vicenda italiana riguardante le concessioni balneari. I giudici del Lussemburgo con la sentenza del 2023 hanno, infatti, lasciato irrisolto il quesito se debba essere disapplicata la normativa domestica in forza della quale tutte le opere inamovibili costruite dal concessionario sul terreno affidatogli in concessione restano acquisite al concedente, senza alcun compenso o rimborso e se la disapplicazione di tale normativa sia compatibile con il diritto di proprietà previsto dall'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali (Corte di giustizia 20.04.2023, causa C-348/22, *AGCM*, EU:C:2023:30. In dottrina v. C. CURTI GIALDINO, *La sentenza della Corte di giustizia europea del 20 aprile 2023 in tema di concessioni balneari: spunti critici e proposte per chiudere una storia infinita*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2023, p. 455 ss.; M. C. CARTA, *La Corte di giustizia con la sentenza AGCM c. Comune di Ginosa prova a "chiudere il cerchio" sull'annosa questione delle concessioni demaniali marittime*, in *Studi sull'integrazione europea*, 3/2023).

La mancata risposta dipese dal fatto che la questione posta dal giudice italiano fu considerata ipotetica e non connessa all'oggetto del giudizio. Il processo interno infatti riguardava la proroga delle concessioni e non già la questione del diritto, in capo a un concessionario, di ottenere, alla scadenza della concessione, un qualsivoglia compenso per le opere inamovibili che esso avesse costruito sul terreno affidatogli in concessione.

Va chiarito come la problematica dell'indennizzo è identica tanto alla vicenda definita dal 2023 dalla Corte quanto in quella che si annota. Tuttavia i due casi si fondano su una normativa comunitaria madre-figlia. Nella prima causa il diritto europeo preso in considerazione era l'art. 12 della direttiva sui servizi (Direttiva 2006/123/CE). Nella vicenda che si annota, per l'avvocato generale non può applicarsi tale direttiva, in quanto il suo termine di attuazione è scaduto il 28.12.2009, mentre i fatti della vicenda si sono verificati in data anteriore; per cui la norma di riferimento è il diritto primario dell'UE e segnatamente la libertà di stabilimento.

Prima di esaminare le conclusioni dell'Avvocato generale appare opportuno riassumere brevemente come il diritto dell'Unione sia stato foriero di un significativo contenzioso sulle concessioni demaniali sul piano domestico.

La vicenda *Promoimpresa srl* del 2016 è la pietra d'angolo con cui la Corte di giustizia - sulla base che l'art. 12 della direttiva fa riferimento alle concessioni intese come un numero limitato di autorizzazioni per via della scarsità delle risorse naturali - ha dichiarato non conforme al diritto dell'Unione la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere, per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi previa procedura di assegnazione con gara pubblica, assistita da garanzie di imparzialità e di trasparenza. È stato precisato che, qualora non trovasse applicazione la direttiva, per assenza del requisito della scarsità della risorsa, la concessione è retta dalla libertà di stabilimento di cui all'art. 49 TFUE. In tal caso la proroga automatica, dunque senza gara, in presenza di un interesse transfrontaliero certo, discrimina l'impresa estera interessata alla concessione ed è quindi illegittima. Interesse individuato, poi, in base all'importanza

economica dell'appalto, al luogo geografico della sua esecuzione o alle sue caratteristiche tecniche (Corte di giustizia, 14.07.2016, cause C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa srl*, EU:C:2016:558>; al riguardo v. L. DI GIOVANNI, *Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga ex lege*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2016, p. 912 ss.; G. BELLITTI, *La direttiva Bolkenstein e le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2017, p. 60 ss.).

Sulla scia interpretativa del giudice europeo sono state rese, nel 2021, le sentenze gemelle nn. 17 e 18 dell'Adunanza plenaria, a tenore delle quali le disposizioni nazionali che hanno disposto (e che in futuro avessero ancora previsto) la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime, per finalità turistico-ricreative, non potevano essere applicate, sia dai giudici sia dalla pubblica amministrazione, perché in contrasto con l'art 12 della direttiva servizi e l'art. 49 TFUE. L'Adunanza plenaria consapevole dell'impatto socio economico che sarebbe derivato da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere, aveva fissato un termine finale di efficacia per le stesse, individuandolo nel 31.12.2023 (C.d.S., A.P., 9.11.2021 n. 17 e n. 18).

Il legislatore nel 2022, al fine di adeguarsi al sistema sovranazionale - prevedendo tra l'altro che il rilascio delle concessioni avvenga sulla base di procedure selettive nel rispetto dei principi europei e che, in sede di affidamento, venga data adeguata considerazione agli investimenti, al valore aziendale dell'impresa e dei beni materiali e immateriali, alla professionalità acquisita- ha prorogato al 31.12.2024 (e per difficoltà tecniche obiettive al 2025) i termini di durata delle concessioni. L'intento fu quello di consentire ai Comuni di predisporre le attività necessarie a indire le gare, intimando al contempo gli Enti concedenti a non procedere all'emanazione dei bandi di assegnazione delle concessioni fino all'adozione dei decreti attuativi (art. 3 Legge 5 agosto 2022 n. 118, modificato dall'art. 10 *quater*, comma 3 del D. L. 29.12.2022 convertito con modificazioni dalla L. 24 febbraio 2023, n. 14, in G.U. 27/02/2023 n. 49; v. A. POLICE-A. M. CHIARIELLO, *Le concessioni demaniali marittime: dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria al percorso di riforma. Punti critici e spunti di riflessione*, in *LUISS Law Review*, 1/2022, p. 85 ss). La delega al Governo è tuttavia scaduta, rendendo di fatto la proroga automatica.

Il Consiglio di Stato, però, ha disapplicato ugualmente il differimento della scadenza imposta dalla novella legislativa, perché lo ha reputato in contrasto con l'art. 12 della direttiva (C.d.S., Sez. VI, 1.3.2023 n. 2192). Inoltre il giudice amministrativo ha successivamente precisato (C.d.S., Sez. VI, 27.12.2023 n. 11200) che i principi sulla illegittimità della proroga normativa delle concessioni, stabiliti dalla sentenza n. 17 dell'A.P., sono rimasti validi, in quanto la Corte di cassazione nel 2023 ha annullato la sola sentenza n. 18 dell'A.P., per diniego di tutela giurisdizionale (Corte di cassazione, S.U., 23.11.2023 n. 32559).

Il tentativo del giudice amministrativo di ricondurre la normativa italiana ai canoni di conformità europea non è apparso sufficiente a scongiurare l'avvio della procedura d'infrazione. La Commissione con parere motivato ha sostenuto che la novella legislativa testé richiamata ha riprodotto la proroga automatica delle concessioni prevista dalla previgente normativa, con violazione dell'art. 49 del TFUE e dell'art. 12 della direttiva servizi (Commissione europea, parere motivato del 16.11.2023, INFR(2020)4118, C(2023)7231 *final*).

Quanto statuito dal Consiglio di Stato, in ordine alla contrarietà dei nuovi termini di scadenza delle concessioni, è stato confermato dalla sentenza della Corte di giustizia del 2023, la cui efficacia interpretativa è stata fatta retroagire alla data di entrata in vigore della

direttiva servizi, ossia a decorrere dal 28 dicembre 2009. La Corte ha inoltre stabilito che l'art. 12 della direttiva ha effetti diretti. Di conseguenza qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali, vi è l'obbligo di assegnare le concessioni con procedura di evidenza pubblica e vige il divieto di rinnovo automatico delle autorizzazioni. In forza di tale effetto diretto, l'obbligo di disapplicare le disposizioni nazionali contrarie incombe ai giudici nazionali o anche alle autorità amministrative, comprese quelle comunali (Corte di giustizia 20.04.2023, causa C-348/22, cit.).

Emerge, però, la violazione da parte dei giudici del Lussemburgo del delicato equilibrio della divisione dei poteri, caratterizzante lo Stato di diritto (M. CARTA, *Unione europea e tutela dello Stato di diritto negli Stati membri*, Bari, 2020), nella parte in cui afferma che il requisito della scarsità delle risorse va verificato sia dal giudice sia dall'amministrazione. L'affermazione implica l'attribuzione all'organo giudiziario del potere di sostituirsi in *toto* alle decisioni discrezionali dell'amministrazione. In realtà con riguardo alle scelte politico-amministrative (c.d. «discrezionalità amministrativa») il sindacato giurisdizionale è incentrato sulla 'ragionevole' ponderazione degli interessi, pubblici e privati, non previamente selezionati e graduati dalle norme; mentre le valutazioni dei fatti complessi richiedenti particolari competenze (c.d. «discrezionalità tecnica») sono vagliate al lume del diverso e più severo parametro della 'attendibilità' tecnico-scientifica (C.d.S, 5.12.2022 n. 10624).

Inoltre, ulteriore opacità viene tratteggiata dalla Corte nel momento in cui afferma che il verificatore amministrativo è costituito da una commistione di competenze centrali e decentrate, atteso che l'analisi della scarsità delle risorse naturali viene condotta combinando un approccio generale e astratto, a livello nazionale, e un approccio caso per caso, basato su un'analisi del territorio costiero del comune in questione.

3. *Le conclusioni dell'avvocato generale*

L'avvocato generale prospetta alla Corte di giustizia due soluzioni tra loro alternative (conclusioni dell'avvocato generale Tamara Čapeta, 8 febbraio 2024, causa C-598/22, *Società Italiana Imprese Balneari Srl*, EU:C:2024:129).

Secondo la prima tesi, preferita dall'organo requirente, la normativa nazionale non costituisce una restrizione vietata dalla libertà di stabilimento, in quanto l'art. 49 del codice della navigazione determina nell'operatore economico, straniero ed italiano, una dissuasione "aleatoria" nell'esercizio della libertà di stabilimento. Vale a dire l'imprenditore viene dissuaso in maniera "aleatoria" dall'avviare un'attività su una spiaggia italiana se sapesse che, al termine del periodo di concessione, non sarà indennizzato per le opere non amovibili dal medesimo realizzate, che verrebbero automaticamente acquisite dallo Stato.

Tale effetto, definito dalla giurisprudenza "*tropo aleatorio e tropo indiretto*", per l'Avvocato generale si basa su tre ordini di considerazioni.

In primo luogo, la normativa nazionale è solo uno degli elementi da considerare nell'effettuare i calcoli economici per stabilire la convenienza e l'opportunità di gestire uno stabilimento balneare sul demanio italiano. L'operatore economico non sarebbe scoraggiato dall'intraprendere l'attività d'impresa anche in caso di mancato indennizzo per le opere realizzate, qualora la durata della concessione fosse sufficientemente lunga da consentire l'ammortamento di un investimento. Nel caso in cui il periodo di concessione dovesse

essere insufficiente per coprire l'investimento è possibile concordare con lo Stato un certo indennizzo.

Secondariamente, appare legittimo che l'effetto acquisitivo in favore dello Stato si realizzi anche a seguito di proroga, senza soluzione di continuità, della concessione; altrimenti si tratterebbero in modo diverso gli operatori che entrano nel rapporto di concessione per la prima volta, rispetto a coloro che continuano la loro attività sulla base del rinnovo della concessione. I concessionari esistenti sarebbero posti in una posizione più vantaggiosa rispetto ai nuovi. Infatti, qualora in caso di rinnovo della concessione le opere non passassero nella proprietà dello Stato, i concessionari esistenti non si vedrebbero aumentare il canone di locazione, mentre tale aumento verrebbe subito dai nuovi concessionari, poiché in tal caso si verificherebbe il trasferimento di proprietà per effetto della cessazione della precedente concessione.

In terzo luogo, non assume alcuna valenza la sentenza *Laezza* invocata dal giudice remittente, poiché in quella decisione la normativa faceva riferimento a tutti i beni, materiali e immateriali, realizzati durante la vigenza della concessione per la gestione del gioco e delle scommesse, mentre nella presente vicenda la normativa si riferisce alle sole opere non amovibili. Inoltre la concessione per la gestione delle scommesse era necessaria per controllare l'esercizio di un'attività economica su un mercato socialmente problematico, mentre la concessione per la gestione di uno stabilimento balneare riposa sull'idea (politica) che *“la destinazione di talune aree debba essere mantenuta per la fruizione pubblica”*. Sull'irrelevanza di tale precedente si può anche argomentare che nel caso in esame manca quella movimentazione transnazionale di persone, beni servizi, capitali, che generalmente portano all'applicazione del diritto dell'Unione (U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, 6a ed., 2020, Bari, p.100 ss.). Nella sentenza *Laezza*, invocata dal Consiglio di Stato, la società britannica e la sua controllata maltese operavano in Italia tramite un contratto di mandato con una persona fisica di cittadinanza italiana. Nel caso oggetto di rinvio, invece, non sono esplicitati elementi di “estraneità” in capo al concessionario: la sua compagine sociale non è costituita da un cittadino di uno Stato membro né da una società, anche controllante, con sede nell'Unione europea. In assenza di indici transfrontalieri, pertanto, il divieto di restrizioni alla libertà di stabilimento o di servizi non vengono in rilievo.

L'avvocato generale illustra la seconda tesi, in via subordinata, riguardante l'evenienza in cui la Corte di giustizia dovesse ritenere che l'art. 49 cod. nav. sia una restrizione alla libertà di stabilimento. Egli reputa tale limitazione conforme al diritto dell'Unione, in quanto giustificata da un motivo di interesse pubblico e risulta proporzionata allo scopo che la norma domestica si prefigge.

Infatti, la restrizione sarebbe necessaria per salvaguardare la proprietà pubblica: la norma impedisce che un'area venga sottratta alla funzione pubblica tramite la conversione di parte di tale area in proprietà privata. La proporzione si rinverrebbe, poi, nel fatto che oggetto di limitazione sarebbero solo le opere di non facile rimozione.

Inoltre, il mancato indennizzo per le opere non amovibili, che diventano di proprietà statale, è giustificato dalla salvaguardia delle finanze pubbliche. La proporzione si ravviserebbe nella possibilità che ha l'imprenditore di negoziare un indennizzo adeguato, nel caso in cui l'investimento necessario per realizzare le opere non amovibili fosse troppo grande per essere riassorbito nel corso della concessione. L'indennizzo è dunque necessario per correggere un tale squilibrio economico.

Infine, l'avvocato esclude la violazione del diritto di proprietà da parte della normativa nazionale, rammentando che, secondo la Corte di giustizia, l'esame delle

restrizioni alla libertà di stabilimento causate da normative nazionali, include anche eventuali restrizioni dell'esercizio del diritto di proprietà di cui all'art 17 della CDFUE, senza che sia necessario un esame separato del diritto domenicale.

4. *Le ipotesi non considerate di applicazione degli artt. 345 o 63 del TFUE*

Tra le due soluzioni prospettate dall'avvocato generale, ricordiamole, la non violazione dell'art. 49 del TFUE (sulla libertà di stabilimento cfr. L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, 4a ed., Milano, 2023, p. 185 ss.; G. CONTALDI, *Diritto europeo dell'economia*, 2019, Torino, p. 99; M. MARKAKIS, *Can Governments Control Mass Layoffs by Employers? Economic Freedoms vs Labour Rights in case C-201/15 AGET Iraklis*, in *European Constitutional Law Review*, 2017, p.724 ss.) oppure l'esistenza di una restrizione alla libertà di stabilimento giustificata da un interesse pubblico, emergerebbe una terza ipotesi completamente diversa, che trae spunto proprio dall'affermazione con cui la Corte dichiarò di non potersi esprimere sul rimborso delle opere che dovevano essere cedute allo Stato al termine della concessione, in quanto l'argomento non riguardava diritto di proprietà ma la materia delle autorizzazioni amministrative

La questione sollevata dal giudice amministrativo, dunque, non rientrerebbe in linea teorica nell'alveo del diritto dell'Unione, sulla base di quanto disposto dall'art. 345 TFUE (C. FRATEA, *Commento all'art. 345 TFUE*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, p. 1539 ss.). Il punto focale della vicenda, a ben vedere, riguarda il diritto di proprietà dell'operatore economico (sulle opere inamovibili realizzate) che, alla scadenza della concessione, deve essere trasferito a titolo gratuito allo Stato. Sennonché l'Unione europea non ha competenza sulla regolamentazione del diritto dominicale interno, poiché per espressa disposizione dell'art. 345 TFUE gli Stati membri sono liberi di disciplinare il carattere pubblico o privato di proprietà da loro preferito.

Si osserva, inoltre, che la restrizione alla libertà di stabilimento viene formulata dal giudice remittente in modo del tutto ipotetico, senza alcuna specificazione o indicazione di circostanze concrete. La questione, in quanto formulata in modo astratto, rischia così di essere dichiarata irricevibile dalla Corte (Corte di giustizia, 7.04.2022, causa C-521/20, *J.P. c. B.d.S.L.*, EU:C:2022:293; A. CORRERA, *Natura ed effetti delle sentenze pregiudiziali della Corte di giustizia*, 2023, Napoli, p. 85). Al contrario, la valorizzazione del diritto di proprietà, offrirebbe la possibilità di aggiungere un nuovo tassello interpretativo alla parte finale del ciclo della concessione, costituita appunto dall'indennizzo per le opere cedute.

Il principio di neutralità dei Trattati nei confronti del regime di proprietà statale non esime però i Paesi membri dall'obbligo di rispettare le libertà caratterizzanti il mercato unico (Corte di giustizia, G. S, 23.10.2013, cause riunite da C-105/12 a C-107/12, *Essent*, EU:C:2013:677, punti 29-36). L'inciso permette così di sussumere la problematica del mancato rimborso degli investimenti, sollevata dal Consiglio di Stato e legata al diritto di proprietà superficiaria, all'interno della libera circolazione dei capitali e non quella di stabilimento. Si vuol dire che i dubbi di conformità europea sulla barriera allo svolgimento di una stabile attività d'impresa da parte di un operatore estero, cioè la dissuasione a non investire in Italia causata del rischio di non vedersi rimborsati i costi sostenuti per la realizzazione o il miglioramento delle strutture ricettive, al momento della loro definitiva perdita per essere devolute gratuitamente allo Stato, si colloca all'interno della libera circolazione di capitali (art. 63 TFUE) e non in quella di stabilimento.

L'art. 49 del codice della navigazione regola, infatti, l'acquisto e la perdita del diritto di proprietà privata superficiaria, avente ad oggetto le costruzioni, ed insistente sul demanio pubblico. Chiara l'analogia con la nozione di capitali (art. 63 TFUE). La nomenclatura allegata dalla direttiva 88/36, munita di valenza indicativa (Corte di giustizia 6.3.2018, *SEGRO* e *Horváth*, cause C-52/16 e C-113/16, EU:C:2018:157, punto 56 e giurisprudenza ivi citata), elenca come capitali anche gli investimenti diretti, tra i quali si annoverano “*la costruzione di immobili da parte di privati a scopo di lucro o personale. Tale categoria comprende anche (...) i diritti di superficie*”. La Corte di giustizia ha chiarito che “*quando viene esercitato il diritto di acquistare, gestire e alienare beni immobili nel territorio di un altro Stato membro, quale complemento del diritto di stabilimento, esso genera movimenti di capitali?*”. Ne consegue che le eventuali restrizioni alla libertà di stabilimento risultanti dalla normativa nazionale in oggetto costituirebbero una conseguenza inevitabile della restrizione alla libera circolazione dei capitali e non giustificano, pertanto, un esame autonomo di quest'ultima alla luce dell'articolo 49 TFUE (Corte di giustizia 18.01.2024, causa C-562/22, *JD*, EU:C:2024:55).

Sul presupposto ragionevole, quindi, di applicare il divieto di restrizioni al flusso di capitali, l'art. 49 del codice della navigazione risulta perfettamente compatibile con tale libertà, perché conferisce la possibilità di un indennizzo in caso di cessione delle opere, tramite l'inciso “salvo che sia disposto diversamente”. Per altro verso va anche ricordato che il rischio d'impresa non può essere addossato ad una pubblica amministrazione. Nel calcolo economico, patrimoniale e finanziario per la realizzazione dello scopo di lucro, l'imprenditore deve necessariamente ponderare quale incidenza possa avere una prassi amministrativa certa che non ammetta un indennizzo alla fine della concessione. Pertanto la formulazione dell'art. 49 con la possibilità di indennizzo scongiura quell'effetto dissuasivo prospettato dal giudice remittente. Per di più costante è la giurisprudenza che, in merito alla libera circolazione di capitali, ne esclude una limitazione da parte di una normativa nazionale che produca effetti troppo aleatori e troppo indiretti (Corte di giustizia 7.9.2023, causa C-15/22, *RF*, EU:C:2023:636).

La conformità al diritto dell'UE permarrebbe anche qualora l'acquisto della proprietà fosse effettuato da un operatore economico di un Paese terzo. In base all'art. 64 (TFUE) sono legittime le restrizioni previste da normative in vigore alla data del 31 dicembre 1993 e da disposizioni nazionali adottate posteriormente a tale data che siano sostanzialmente identiche alla normativa precedente o che si limitino a ridurre o a sopprimere ostacoli all'esercizio dei diritti e delle libertà di circolazione che esistevano in tale normativa (Corte di giustizia 12.10.2023, causa C-670/21, *BA*, EU:C:2023:763). L'art. 49 del codice della navigazione fu emanato nel 1942.

5. *La possibile violazione del diritto di proprietà sancito dal sistema sovranazionale*

L'oggetto del giudizio evidenzia, su un piano più generale, una possibile lesione del diritto di proprietà di cui all'art. 17 della CDFUE. Fondamentale, però, è chiarire il punto di partenza. Non c'è dubbio che, dato il carattere dispositivo della norma interna, vi sia la possibilità (astratta) di un accordo in merito all'erogazione di un indennizzo, per le opere del privato che entrano a fra parte del patrimonio pubblico. Quello di cui si discute, invece, è il caso, non infrequente (per lo più riguardante le concessioni in scadenza), in cui l'amministrazione pubblica non sia disposta, in sede di rilascio della concessione, ad addivenire ad un'intesa sul pagamento dell'indennizzo per le costruzioni che la medesima acquisirà al termine della concessione. Dunque il problema non è la norma in sé, ma il

modo in cui viene applicata, cioè il diniego dell'indennizzo che non consenta in modo ragionevole all'imprenditore di ammortizzare gli investimenti fatti per la creazione, il mantenimento e il miglioramento delle strutture ricettive turistiche.

Ipotizzando che non possa trovare ingresso il diritto dell'Unione europea, sul presupposto che il regime sulla diritto domenicale è riservato agli Stati (art. 345 TFUE), l'art. 49 cod. nav. potrebbe porsi in contrasto col diritto di proprietà di cui all'art. 1 del Protocollo 1 della CEDU (D. J. HARRIS, M. O'BOYLE, E. P. BATES, C. M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, 4th edn., Oxford, 2018). La norma pattizia, infatti, tutela non solo la titolarità di un bene ma anche quella di un diritto di credito (Corte EDU, G. C., 11.01.2007, ricorso n. 73049/01, *Anbeuser-Buschi Inc. c. Portogallo*, § 63). Nel caso di specie, analogamente, la disposizione del codice della navigazione prevede che il concessionario sia titolare di un diritto di superficie (Cass. civ. Sez. V, ord., (ud. 21.11.2019) 22.01.2020, n. 1326) o di credito per gli investimenti fatti (T.A.R. Toscana 1168/2017, cit.).

La violazione della garanzia convenzionale non riguarderebbe, però, l'intera disposizione dell'art. 49 cod. nav.. In primo luogo, la norma rispetta il principio di legalità, poiché l'appropriazione delle opere inamovibili senza indennizzo è prevista dalla legge. Inoltre, la norma è sorretta dall'interesse pubblico, costituito dalla regolamentazione dell'assetto del suolo pubblico (C.d.S., sez. VII, 28.09.2022 n. 8355). Sotto quest'ultimo aspetto, ad esempio, il Giudice di Strasburgo ha precisato che l'adozione di piani urbanistici o territoriali, come pure la messa in sicurezza di terreni in connessione con l'attuazione del piano di sviluppo territoriale locale, costituiscono un interesse pubblico che consente la privazione della proprietà (Corte EDU, 14.11.2006, ricorso n. 52589/99, *Skibiński c. Polonia*, § 86).

Né potrebbe sostenersi l'illegittimità della norma, costituita dal fatto che lo Stato, con la successiva concessione, potrebbe affidare le opere, costruite dal precedente concessionario, al nuovo aggiudicatario della gara. Sul punto si è addirittura stabilito che una successiva privatizzazione dell'immobile espropriato non renda il provvedimento privo di interesse pubblico (Corte EDU, 22.11.2011, ricorso n. 2226/10, *Frendo Randon e altri c. Malta*, § 60). Allo stesso modo, il fatto che la proprietà o parte di essa sia trasferita a un terzo non pregiudica l'interesse pubblico, dato che lo Stato ha un ampio margine di apprezzamento nell'attuazione delle politiche economiche (Corte EDU, 8.10.2019, ricorso n. 57752/16, *Gauci e altri c. Malta*, § 65).

L'art. 49 cod. nav. si pone, invece, in contrasto con la CEDU nella parte in cui l'amministrazione si rifiutasse di concedere il pagamento dell'indennizzo, difettando quindi il criterio di proporzionalità, cioè il giusto equilibrio tra la privazione della proprietà e l'interesse pubblico sotteso all'ablazione.

È pur vero che la Corte EDU ha ritenuto che l'acquisizione della proprietà, senza il pagamento di un'indennità, può essere giustificata solo in casi eccezionali, la cui prova è a carico dello Stato (Corte EDU, G. C., ricorso n. 25701/94, *Ex re di Grecia e altri c. Grecia*, § 89). Tuttavia la Corte ha precisato che, anche nel caso di nazionalizzazione, dovrà essere prevista la corresponsione dell'indennizzo, che sarà diverso ed inferiore rispetto alla somma dovuto dallo Stato in caso di esproprio (Corte EDU, 9.2.2022, ricorso n. 22008/20, *Maria Azzopardi c. Malta*, § 55). L'inciso, pertanto, evidenzia la non conformità dell'art. 49 nav. limitatamente alla mancanza di un ristoro per il concessionario, che si vede privato della proprietà per l'opera costruita alla scadenza naturale della concessione.

La violazione del diritto di proprietà, nei termini appena enunciati, sussisterebbe anche ove trovasse applicazione la libertà di stabilimento di cui all'art. 49 TFUE sostenuta

dall'avvocato generale o quella di capitali prospettata nel paragrafo precedente. Non si condividono, infatti, le osservazioni dell'avvocato generale, fondate sui precedenti della Corte di giustizia, a tenore delle quali non è necessario procedere separatamente all'esame di una possibile violazione del diritto di proprietà di cui all'art. 17 della Carta di Nizza, una volta stabilita la conformità della normativa nazionale alla libertà di stabilimento, in quanto l'esame di quest'ultima implica il rispetto del diritto di proprietà (Corte di giustizia 7.9.2022, causa C-391/20, *Boriss Cilevičs e a.*, EU:C:2022:638). Infatti la libertà di stabilimento ed il diritto di proprietà sono garanzie diverse e la prima non contiene la seconda. Ragionare diversamente, come pretende la Corte di giustizia, lascia infatti irrisolta la questione del motivo per cui il Trattato di Lisbona abbia espressamente distinto le due disposizioni, affermando che la CDFUE ha lo stesso valore del diritto primario (L. S. ROSSI, *Stesso valore giuridico dei Trattati? Rango, primato ed effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2/2016, p. 329 ss.). Le due norme sono dunque equiparate a livello di gerarchia tra le fonti ma non hanno lo stesso contenuto. Del resto, come sopra detto, la Corte di giustizia non ha escluso la rilevanza della questione della lesione del diritto di proprietà. Ha solo affermato di non poter affrontare la questione perché esulava dall'oggetto del giudizio, incentrato sulla proroga delle concessioni (Corte di giustizia 20.04.2023, causa C-348/22, cit.)

La sussistenza della violazione del diritto di proprietà per le concessioni attualmente in essere, viene indirettamente confermata anche dal Consiglio di Stato. Il Giudice amministrativo ha statuito che le nuove procedure competitive di assegnazione delle concessioni demaniali, per essere conformi al diritto dell'Unione, dovranno avere anche una durata “*commisurata al valore della concessione e alla sua complessità organizzativa e non dovrebbe eccedere il periodo di tempo ragionevolmente necessario al recupero degli investimenti, insieme ad una remunerazione del capitale investito o, per converso, laddove ciò determini una durata eccessiva, si potrà prevedere una scadenza anticipata ponendo a base d'asta il valore, al momento della gara, degli investimenti già effettuati dal concessionario*” (C.d.S., A.P., 9.11.2021 n. 17, conforme C.d.S, sez. VII, 19.03.2024 n. 2662).

Si dubita, infine, che possa sussistere un interesse generale al diniego del rimborso, fondato sulla necessità di salvaguardare le finanze pubbliche. Considerando che il diritto di proprietà garantito dall'art. 17 della CDFUE ha un contenuto analogo a quello previsto dall'art. 1 del Protocollo della CEDU (*Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*, in GUUE C 303/17, 14.12.2007), si osserva che la Corte di Strasburgo ha affermato che i meri interessi di tesoreria non possono essere equiparati ad un interesse pubblico o generale che giustificerebbe la violazione di diritti individuali in ogni caso specifico. La preoccupazione di sovraccaricare il bilancio pubblico con spese impreviste non può di per sé giustificare una conseguente violazione del diritto di proprietà, soprattutto nei casi in cui lo Stato adduca l'esistenza di propri interessi finanziari astratti e generali, senza fornire prove concrete sull'impatto che una decisione, favorevole alle rivendicazioni di persone che si trovino nella stessa situazione del ricorrente, possa avere sull'equilibrio finanziario dello Stato stesso (Corte EDU, 25.06. 2009, ricorso n. 36963/06, *Zouboulidis c. Grecia*). Anche la Corte di giustizia, qualora dovesse reputare applicabile al caso in esame la libertà di capitali, non potrà che richiamare quanto in precedenza dalla stessa affermato in merito all'art. 65 del TFUE, ossia che le restrizioni ai capitali non possono essere giustificate da limitazioni puramente economiche (Corte di giustizia, 14.03.2000, causa C-54/99, *Association Église de scientologie de Paris*, EU:C:2000:124).

Va fatto un ultimo inciso di carattere procedurale, riguardante la vicenda giudiziaria in commento. La questione della violazione del diritto di proprietà non sarebbe ostacolata da un giudicato che si è formato sull'originaria concessione, la quale non ha disposto l'indennizzo. Si potrebbe obiettare sul punto che la possibile violazione del diritto di proprietà non potrebbe essere fatta valere nel giudizio pendente innanzi al Consiglio di Stato, a causa della sussistenza di preclusioni processuali rispettose del principio di effettività della tutela. Il mancato ristoro - per il trasferimento gratuito della titolarità della costruzione allo Stato - determina, sicuramente, una lesione del diritto di proprietà garantito dall'art. 17 della CDFUE. Il pregiudizio, tuttavia, non può essere oggetto di rinvio alla Corte di giustizia, poiché la lesione alla CDFUE non è stata censurata con i motivi di impugnazione. La sua ammissione costituirebbe, pertanto, una nuova questione che modificherebbe l'oggetto della controversia. *Ad adiuvandum* si potrebbe anche aggiungere che la sentenza *CILFIT* ha precisato che il giudice nazionale di ultima istanza non è liberato dal suo obbligo di rinvio pregiudiziale, per il solo fatto di aver già adito la Corte in via pregiudiziale nell'ambito del medesimo procedimento, sotto la condizione, però, che tale preclusione sia giustificata da norme di rito rispettose dei principi di effettività e di equivalenza (Corte di giustizia, G. S., 6.10.2021, causa C-561/19, *Consorzio Italian Management spa*, EU:C:2021:799. In proposito v. AM. P. BROBERG, N. FENGER, *If You Love Somebody Set Them Free: on the Court of Justice's Revision of the Acte Clair Doctrine: case C-283/81: CILFIT, case C-561/19: Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi*, in *Common Market Law Review* 2022, p. 711 ss).

Tuttavia contro tali argomentazioni si può replicare che la concessione, per giurisprudenza interna, è un rapporto di durata e l'*emananda* sentenza interpretativa della Corte di giustizia viene equiparata ad una sopravvenienza normativa, la quale, incidendo su un procedimento ancora in corso di svolgimento e su un tratto di interesse non coperto dal giudicato (come accade quando viene in considerazione un rapporto di durata) determina non un conflitto ma una successione cronologica di regole che disciplinano la medesima situazione giuridica (C.d.S., A.P., 9.11.2021 n. 17). Corollario ne è la possibilità di far valere nel giudizio *a quo* la lesione alla sfera patrimoniale, causata dal mancato rimborso delle immobilizzazioni non ancora ammortizzate.

6. Conclusioni

L'art. 49 cod. nav., in linea di principio, non sembra costituire una restrizione alla libertà di stabilimento o a quella di capitali. Potrebbe, al contrario, porre un problema di compatibilità con il diritto di proprietà tutelato nel diritto dell'Unione e della CEDU.

In questa eventualità sorge, quindi, la necessità di individuare quale sia il rimedio per ristabilire la conformità con le norme sovranazionali, quanto meno per le "vecchie" concessioni in essere e di prossima scadenza, autorizzate dall'amministrazione pubblica senza i criteri di competitività previste dall'ordinamento sovranazionale, tra cui anche la valorizzazione degli investimenti. La soluzione, identica tanto per il diritto "comunitario" quanto per la Convenzione, sarà quella di prevedere un indennizzo, come più sopra sostenuto.

Tale misura compensativa andrà individuata, alla luce degli indirizzi del giudice di Strasburgo (Corte EDU, 6.10.2009, ricorso n. 8073/05, *Perinati c. Italia*, §§ 20, 21, 28) e della conforme giurisprudenza interna (Cass. Civ., sez. VI, ord., 11.01.2022 n. 633), nel

valore di mercato che il bene aveva al momento dell'esproprio, o più precisamente allo scadere della concessione e dunque al verificarsi della privazione del bene.

Pertanto, nell'ipotesi in cui trovi ingresso il diritto dell'Unione, ove la pubblica amministrazione non abbia voluto pattuire il rimborso, il giudice dovrà disattendere tale diniego e ordinare all'amministrazione di attuare tutti i mezzi volti a consentire il pagamento dell'indennizzo. Qualora, invece, la concessione, risalente nel tempo, sia stata prorogata, l'aumento del canone, dovuto al mantenimento della costruzione sul demanio, potrebbe essere compensato fino a concorrenza dell'indennizzo.

L'applicazione dell'indennizzo si avrà anche nel caso in cui il diritto dell'Unione europea rimanga neutrale alla regolamentazione della proprietà predisposta dagli Stati (come previsto dall'art. 345 TFUE). Verrà in soccorso quindi la CEDU e segnatamente l'art. 1 del Protocollo 1 della Convenzione. Ovviamente il concessionario che abbia ottenuto una sentenza sfavorevole da parte del giudice di ultimo grado, potrà, entro quattro mesi dal passaggio in giudicato della decisione, adire la Corte EDU, ricorrendone gli altri presupposti.

MARCO BOLOGNESE