

## TAR VENETO Sent. 651/2019 sul diritto all'indennizzo del concessionario uscente di un bene demaniale marittimo: si profila una possibile rimeditazione della questione?

Diritto24|24 giugno 2020|di Antonio Martini

---

### Commento a cura dell'avv. Antonio Martini

Con l'ordinanza n.651/2019, pubblicata il 27 maggio 2019, la prima sezione del Tribunale amministrativo Regionale per il Veneto ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 54 della legge Regione Veneto 4 novembre 2002 n. 33, nella parte in cui prevede che il rilascio delle concessioni demaniali marittime, assegnate in esito ad una procedura comparativa, sia subordinato alla corresponsione di un indennizzo in favore del gestore uscente, a carico dell'aggiudicatario ( Tar Veneto, sez. I, ord., 27 maggio 2019, n. 651 - Pres. Nicolosi, Est. De Berardinis).

L'art. 54 della legge regionale recita testualmente: " 1. La durata delle concessioni è disciplinata dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494 e successive modifiche ed integrazioni. 2. Il comune rilascia, modifica e rinnova le concessioni, applicando le procedure ed i criteri di valutazione di cui all'allegato S/3, nel rispetto della direttiva 2006/123/CE subordinando il rilascio di nuove concessioni a seguito di procedura comparativa al pagamento dell'indennizzo di cui al comma 5. 3. Nel caso di rinnovo della concessione, il comune acquisisce dall'originario concessionario, una perizia di stima asseverata di un professionista abilitato da cui risulti l'ammontare del valore aziendale dell'impresa insistente sull'area oggetto della concessione; il comune pubblica la perizia nei termini e secondo le modalità di cui all'allegato S/3. 4. Le domande di nuova concessione devono essere corredate a pena di esclusione dalla procedura comparativa, da atto unilaterale d'obbligo in ordine alla corresponsione, entro trenta giorni dalla comunicazione di aggiudicazione della concessione, di indennizzo nella misura di cui al comma 5; decorso tale termine senza la corresponsione dell'indennizzo, si procede all'aggiudicazione della concessione, condizionata al pagamento dell'indennizzo, nei confronti del soggetto utilmente collocato in graduatoria e fino all'esaurimento della stessa. 5. Nell'ipotesi di concorso di domande, l'originario concessionario ha diritto ad un indennizzo pari al novanta per cento dell'ammontare del valore pubblicato ai sensi del comma 3 da parte dell'eventuale nuovo aggiudicatario".

In particolare il Tribunale amministrativo ha ritenuto che il comma secondo ( che subordina il rilascio, la modifica ed il rinnovo delle concessione alla corresponsione di un indennizzo al concessionario uscente), il terzo ( che disciplina il contenuto della perizia di stima del valore aziendale dell'impresa insistente sull'area demaniale), il comma quarto ( che prevede come corredo necessario della domanda di partecipazione alla gara per l'assegnazione della concessione la sottoscrizione di un atto d'obbligo al pagamento dell'indennizzo, pena la esclusione dalla procedura) ed il comma quinto ( che determina la modalità di quantificazione dell'indennizzo, pari ad una quota del novanta del valore determinato nella perizia, pubblicata nell'albo pretorio del Comune che rilascia la concessione) dell'art. 54 legge regione Veneto n.33/2002 fossero in contrasto con l'art. 117, comma 2, lett. e) (tutela della concorrenza) e lett. l) ( che riserva allo potestà legislativa esclusiva dello Stato la materia dell'ordinamento civile).

La decisione si inserisce nel solco di un dibattito, mai sopito, del destino delle opere costruite dal concessionario sull'area demaniale in forza di un rituale permesso di costruire, in un'epoca in cui egli poteva confidare sulla stabilità del titolo concessorio ed in forza del c.d. diritto di insistenza di cui all'art. 37 del codice della navigazione ( diritto espunto nel 2009 dalla norma) o delle proroghe ope legis alla luce dei principi dettati in materia dalla nota sentenza della CGUE del 14 luglio 2016.

E' noto che l'art 49 del codice della navigazione prevede l'acquisizione ( per accessione) a titolo gratuito in capo allo Stato ( recte Agenzia del Demanio) delle opere non amovibili eseguite dal concessionario sull'area

affidata in concessione : " Salvo che sia diversamente stabilito nell'atto di concessione, quando venga a cessare la concessione, le opere non amovibili, costruite sulla zona demaniale, restano acquisite allo Stato, senza alcun compenso o rimborso, salva la facoltà dell'autorità concedente di ordinarne la demolizione con la restituzione del bene demaniale nel pristino stato".

Si tratta di una norma speciale che prevale sulla normativa civilistica di cui agli artt.934 e 936 c.c., in particolare sull'art. 936 c.c. che prevede l'obbligo di indennizzo da parte del proprietario in favore del terzo, qualora il proprietario del suolo preferisca ritenere le opere realizzate dal terzo, invece di chiederne la rimozione; il 4 comma dell'art.936 c.c., viceversa non assegna al proprietario tale obbligazione facoltativa, obbligandolo ad indennizzare il terzo qualora la costruzione sia stata fatta a sua scienza e senza opposizione o quando sia stata fatta dal terzo in buona fede.

Il consiglio di Stato, in una non risalente decisione (Cons. Stato Sez. VI Sent., 01/02/2013, n. 626 - nello stesso senso T.A.R. Abruzzo Pescara Sez. I Sent., 20/03/2012, n. 145 ed una serie di pronunce della terza sezione del T.A.R. Toscana ex plurimis Sez. III Sent., 27/09/2017, n. 1108) aveva statuito: "il principio dell'accessione gratuita - fortemente penalizzante per il diritto dei superficiari e per gli investimenti, che potrebbero contribuire alla valorizzazione del demanio marittimo (art. 49 Cod. Nav.) - deve ritenersi disposizione eccezionale e di stretta interpretazione, con riferimento all'effettiva cessazione (e non alla mera scadenza) del rapporto concessorio, per l'esigenza di assicurare, in tal caso, che le opere "non amovibili", destinate a restare sul territorio o ad essere rimosse con inevitabile distruzione, tornino nella piena disponibilità dell'ente proprietario del suolo, a fini di corretta gestione di quest'ultimo (quando non più in uso del concessionario) per finalità di interesse pubblico. Detta esigenza non può ravvisarsi quando il titolo concessorio preveda forme di rinnovo automatico o preordinato in antecedenza, rispetto alla data di naturale scadenza della concessione, tanto da configurare il rinnovo stesso - al di là del "nomen iuris" - come una vera e propria proroga, protraendosi il medesimo rapporto senza soluzione di continuità" (Riforma della sentenza del T.a.r. Toscana - Firenze, sez. III, n. 1450/2008)".

L'ordinanza del Tar Veneto, nella motivazione con la quale ha rimesso la questione della legittimità costituzionale dell'art 54 della legge Reg. Veneto n.33/2002, ha osservato che la norma regionale, nel prevedere la corresponsione, da parte dell'aggiudicatario della concessione demaniale, di un indennizzo in favore del gestore uscente, non sembra rispettosa della competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza prevista dell'art. 117, comma 2, lett. e), Cost. In particolare il Tribunale amministrativo territoriale ha rilevato che la disciplina regionale contrasta con il principio – dettato dall'art. 16, comma 4, d.lgs. n. 59 del 2010 – a sua volta recante la trasposizione nel diritto interno della direttiva n. 2006/123/CE – secondo cui, ove il numero di titoli autorizzatori disponibili per una determinata attività di servizi sia limitato, il titolo è rilasciato per una durata limitata, non può essere rinnovato automaticamente e – ciò che qui rileva – non possono essere accordati vantaggi al prestatore uscente. ( art. 16, d.lgs. 59/2010, comma 4 " Nei casi di cui al comma 1 – titoli autorizzatori limitati per una determinata attività di servizi n.d.r. - il titolo è rilasciato per una durata limitata e non può essere rinnovato automaticamente, ne' possono essere accordati vantaggi al prestatore uscente o ad altre persone, ancorché giustificati da particolari legami con il primo".)

L'ordinanza, tuttavia, suscita un vivo interesse per un segmento motivazionale che correda la decisione di rimessione della questione alla Corte delle leggi.

L'argomento segue il richiamo al comma, quarto, ultimo periodo dell'art. 16 del d.lgs. 59/2010, che prevede il divieto di accordare vantaggi al prestatore uscente, ed afferma testualmente "Detto principio [ il divieto di non accordare vantaggi] non consente di escludere in assoluto che, allo spirare della concessione, possa riconoscersi entro certi limiti una tutela agli investimenti realizzati dal concessionario, soprattutto se effettuati durante un'epoca in cui egli poteva confidare sulla stabilità del titolo concessorio, in forza del cd. diritto di insistenza o delle proroghe ope legis".

Il passaggio motivazionale sembra riflettere le suggestioni della nota sentenza della CGUE del 14 luglio 2016, nelle cause riunite C-458/14 e C-67/15: la Corte, investita della questione della conformità all'ordinamento comunitario delle disposizioni nazionali che consentivano la proroga generalizzata ed automatica delle concessioni demaniali fino al 31 dicembre 2020 , confermandone il contrasto con la norma di diritto derivato, ha tuttavia precisato che una proroga ad una concessione demaniale è giustificata allorquando sia finalizzata a tutelare la buona fede del concessionario, ossia quando lo stesso abbia ottenuto una determinata concessione in un'epoca in cui "non era ancora stato dichiarato che i

contratti aventi un interesse transfrontaliero certo avrebbero potuto essere soggetti a obblighi di trasparenza".

Gli interventi legislativi regionali, bocciati dalla Corte, mirano alla tutela delle stesse esigenze, ossia dell'affidamento e della buona fede degli operatori economici turistico-balneari, quali concessionari di un bene pubblico che costituisce parte integrante del complesso aziendale, e degli ingenti investimenti realizzati nella affidamento, fondato sulla normativa ordinamentale, di godere di un rilevante periodo di tempo necessario all'ammortamento degli investimenti realizzati.

Ritengo che prevedere normativamente un indennizzo in loro degli imprenditori "demaniali", quale ristoro degli investimenti effettuati, non sembra ledere il diritto della libera concorrenza, quanto piuttosto tutelare il sistema dei valori costituzionali in gioco, considerati con un approccio sistemica e non gerarchico-assiologico, considerato tra l'altro che l'assegnazione di alcun peso economico, nella procedura per l'assegnazione della concessione, del complesso aziendale realizzato dal concessionario incumbent, potrebbe assegnare un sicuro vantaggio per gli altri operatori economici partecipanti, perché costoro, liberi dai costi di ammortamento degli investimenti realizzati dall'incumbent, si avvantaggerebbero della possibilità di offrire canoni assai elevanti, mantenendo lo stesso rilevanti marginalità, con evidente discapito del concessionario incumbent.

Cambiando prospettiva e con una analisi di sistema dei valori ordinamentali, si potrebbe affermare che la previsione di un indennizzo, lungi dal costituire un vantaggio per il prestatore uscente, si potrebbe rivelare al contrario una reale misura proconcorrenziale.

Sarà comunque importante attendere l'esito del giudizio costituzionale, tenendo conto che la Corte è già intervenuta sull'art. 5 della legge Regione Veneto 16 febbraio 2010 n. 13, legge che all'art. 3 ha novellato l'art. 54 della legge oggi sospettata di incostituzionalità, e che l'eventuale riconoscimento della legittimità del diritto di indennizzo rappresenterebbe una rivoluzione che il settore aspetta con trepidazione.

Tanto prescindendo dal tema dell'applicabilità della direttiva servizi (direttiva 2006/123/CE c.d. Bolkestein) al settore delle concessioni balneari, qualificabili piuttosto come concessioni di beni, come peraltro sostenuto pubblicamente dallo stesso Commissario autore e promotore della direttiva.

Si tratta di una materia ed un tema relevantissimo, che coinvolge gli interessi di migliaia di operatori balneari e comunque di tutti i concessionari di beni demaniali e che necessita di un urgente riordino.

Un'ultima considerazione. Di recente il legislatore italiano ha promulgato la legge 145/2018 ( legge di bilancio per il 2019) che all'art.1, commi 682 e 684, ha modificato il comma 1 dell'articolo 01 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, determinando nella termine di 15 anni la durata delle concessioni vigenti all'entrata in vigore della legge, comprese le concessione ad uso residenziale , che pur sospettata di violazione del diritto eurounitario, è stata tuttavia implicitamente ritenuta conforme al diritto europeo dalle decisioni del Consiglio di Stato 7252, 7253, 7254 e 7255 depositate il 24.10.2019, considerato che in quei giudizi il Consiglio di Stato ha applicato la normativa contenuta nella legge 145/2018, impropriamente definita proroga, ritenendo pertanto implicitamente non sussistere la violazione del diritto derivato europeo.