

Excursus giuridico dalla legge 947 del 16.7.1916 (e dal Regio Decreto 1024 del 28.9.1919) alla sentenza della Corte di Giustizia U.E. del 14 luglio 2016. Come e fino a che punto strumenti giuridici ben fatti possono adeguarsi all'evoluzione dell'ordinamento

30 Aprile 2018

* Relazione al Convegno *Acque termali - Tesoro senza tempo, 1916 - 2016*, Sant'Angelo d'Ischia, 16 luglio 2016.

La Legge di Bilancio 2018 (legge 27.12.2017 n. 205) all'art. 1, comma 1094, ha stabilito che la *direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, c.d. Direttiva Bolkestein*, recepita con d.lgs. 26 marzo 2010 n. 59, non si applica *al rilascio e al rinnovo delle concessioni per l'utilizzazione delle acque minerali e termali destinate all'esercizio dell'azienda termale in possesso delle autorizzazioni sanitarie di cui all'articolo 3, comma 1, della legge 24 ottobre 2000 n. 323, qualora il fatturato della stessa azienda, riferibile alle prestazioni termali e alle piscine termali, ove esistenti e come individuate dalla disciplina interregionale in materia, sia stato prevalente, nei due anni precedenti l'istanza di rilascio o di rinnovo, rispetto a quello delle attività di cui all'art. 3, comma 2, della medesima legge. La prevalenza deve risultare da una specifica certificazione rilasciata dai revisori dei conti e formulata sulla base della contabilità analitica aziendale*. Restano aperte le problematiche evidenziate nella Relazione per tutte le altre situazioni non previste dalla predetta disposizione.

PARTE I

I pilastri del regime giuridico degli stabilimenti termali

1. La disciplina giuridica degli stabilimenti termali si è basata, per decenni, su due pilastri: il primo, in ordine cronologico, rappresentato dalla legge 947 del 16 luglio 1916, artt. 7, 8, 9 e 10 sub Capo IV - *Acque minerali e stabilimenti termali* (le cui previsioni sono state trasfuse nel T.U. delle leggi sanitarie approvato con R.D. 27 luglio 1934 n. 1265 ed in particolare nell'art. 194 relativo agli stabilimenti termali) e dal R.D. 1024 del 28.9.1919 - *Regolamento per l'esecuzione del Capo IV della legge 16 luglio 1916* ; il secondo, dal R.D. 29.7.1927 n. 1443 - *Norme di carattere legislativo per disciplinare la ricerca e la coltivazione delle miniere nel regno*.

A) La legge n. 947/1916, di cui oggi ricorre il centenario, ha sottoposto a un regime autorizzatorio l'apertura e l'esercizio degli stabilimenti termali, sanzionando con la chiusura gli stabilimenti che ne risultassero privi. In realtà già la legge sulla sanità pubblica del 22 dicembre 1888 n. 5849 all'art. 35 disponeva che nessuno potesse aprire e mantenere in esercizio un istituto di cura medico-chirurgica o di assistenza ostetrica o stabilimenti balneari fisioterapici o termici se non con l'autorizzazione del Prefetto, sentito il medico provinciale e il parere del Consiglio

provinciale di Sanità^[1]. Ma solo con la legge n. 947 del 1916 si ebbe una prima disciplina organica, ancorché essenziale, delle acque minerali e degli stabilimenti termali: disciplina poi completata dal Regolamento di esecuzione del 1919 (R.D. 1024/1919).

In particolare, il Regolamento ha disciplinato, in dettaglio, l'autorizzazione all'apertura e all'esercizio degli stabilimenti termali (Titolo II artt. 14 e ss.) e ha offerto definizioni, ancora attuali, di acque minerali (*quelle che vengono adoperate per le loro qualità terapeutiche o igieniche speciali sia per la bibita sia per gli altri usi curativi*: art. 1, comma 1, R.D. 947/1916) e di stabilimenti termali (*quelli in cui si utilizzano a scopo terapeutico 1° acque minerali, 2° fanghi sia naturali sia artificialmente preparati, muffe e simili, 3° stufe naturali o artificiali*: art. 14, comma 1, lettera a), attribuendo agli stessi una evidente caratterizzazione sanitario-terapeutica; e sancendo che ai reparti per cure termali, idroterapeutiche, fisiche e affini degli alberghi si applicano le disposizioni contenute nel Regolamento compresa quella (art. 8) relativa alla necessità di autorizzazione ministeriale per l'impiego di acque minerali termali, sul presupposto del possesso di proprietà terapeutiche e della loro utilizzabilità a fini curativi.

In sintesi, il primo pilastro è rappresentato dal riconoscimento del carattere sanitario-terapeutico delle acque minerali termali e dalla sottoposizione dell'apertura e dell'esercizio degli stabilimenti termali, erogatori di prestazioni terapeutiche, ad autorizzazione (permanente - art. 17 R.D. 1924/1919 - ferma la sottoposizione degli stabilimenti termali ad una costante e penetrante vigilanza dell'Autorità sanitaria: artt. 22 e ss. Regolamento).

B) Il secondo pilastro è stato introdotto dal citato R.D. 29.7.1927 n. 1443, che ha aggiunto - alla componente per c.d. sanitario-terapeutica delle acque termali e degli stabilimenti che le utilizzano e al connesso regime autorizzatorio - quella della proprietà pubblica delle acque minerali e termali^[2], quali beni minerari, e la sottoposizione dell'uso delle stesse a un regime concessorio. In particolare, il R.D. 29.7.1927 n. 1443 (la cui permanenza in vigore in tutti gli articoli da 1 a 65, tranne l'art. 5, è stata ritenuta indispensabile dal comma 1 del D.lgs. 1.12.2009 n. 179) ha sottoposto alle sue previsioni la ricerca e la coltivazione delle sostanze minerali e delle energie del sottosuolo industrialmente utilizzabili, comprese le acque minerali e termali, prevedendo la coltivabilità delle sorgenti in base a una concessione, rilasciata (*fatta*, dice la legge) a chi abbia - a giudizio insindacabile del Ministro - l'idoneità tecnica ed economica a condurre l'impresa, per un tempo determinato (art. 21: *la concessione della miniera è temporanea*) ma rinnovabile *qualora il concessionario abbia ottemperato gli obblighi imposti* (art. 34) con dovere del concessionario di tenere in attività il bene avuto in concessione (art. 26).

2. La disciplina giuridica degli stabilimenti termali basata, da un lato, sul carattere sanitario-terapeutico della loro attività (le prestazioni termali) e sul connesso regime autorizzatorio; e, dall'altro, sull'appartenenza delle acque minerali e termali al patrimonio minerario pubblico e sul connesso regime concessorio, ha retto ed anzi è stata confermata nel tempo dalla legislazione successiva^[3]. In particolare:

A) Il carattere sanitario-terapeutico delle prestazioni rese presso gli stabilimenti termali è stato ribadito e rafforzato dalla legge del 23 dicembre 1978 - *Istituzione del Servizio Sanitario Nazionale* che ha appunto attratto le

prestazioni idrotermali nell'ambito del Servizio Sanitario (art. 36 - *Termalismo terapeutico*) ponendole a carico dello stesso, pur nei limiti delle risorse disponibili (peraltro sempre più ridotte a partire dagli anni '90 del secolo scorso)...

B) ... ed è stato confermato, pur nell'ambito di una più ampia concezione di benessere termale^[4] e sottolineando la funzione turistica del patrimonio idrotermale^[5], anche dalla legge statale 24 ottobre 2000 n. 323 - *Riordino del settore termale*, che nel disciplinare (art. 1 comma 1) *la erogazione delle prestazioni termali al fine di assicurare il mantenimento e il ripristino dello stato di benessere psicofisico*, fermo il regime concessorio, ha definito (art. 2 comma 1): *acque termali le acque minerali naturali di cui al R.D. 28.9.1919 n. 1924 e successive modificazioni utilizzate a fini terapeutici* (lett. a); e *cure termali le cure che utilizzano le acque minerali o loro derivati aventi riconosciuta efficacia terapeutica per la tutela globale della salute nelle fasi della prevenzione, della terapia e della riabilitazione delle patologie* (lettera b) *previste dalla legge* a carico del Servizio Sanitario Nazionale; *cure erogate negli stabilimenti termali, compresi quelli annessi ad alberghi* (lettera d), che siano in possesso del titolo concessorio e delle autorizzazioni richieste dalla legge (tra le quali l'autorizzazione regionale prevista per istituzioni private che erogano prestazioni sanitarie: art. 43 l. 833/1978) e che (art. 3, comma 1, legge 323/2000) *utilizzano per finalità terapeutiche acque minerali e termali nonché fanghi ... vapori e nebulizzazioni, stufe naturali e artificiali, qualora le proprietà terapeutiche delle stesse acque siano state riconosciute ai sensi della legislazione vigente* (con atto rientrante nella competenza statale ex art. 6 lett. t L. 833/1978 e art. 119 co. 1 lett. d D.lgs. 31 marzo 1998 n. 112).

3. La Regione Campania con la legge 29 luglio 2008 n. 8 - *Disciplina della ricerca e utilizzazione delle acque minerali e termali, delle risorse geotermiche e delle acque di sorgente*, ha unificato, in un solo testo, le due componenti fondamentali del regime delle acque termali^[6].

In particolare, la legge ha confermato il regime concessorio minerario (Capo II - *Permesso di ricerca e concessione di acque minerali naturali e termali*, spec. artt. da 4 a 20), con previsione di una concessione di durata compresa tra i 15 e i 30 anni; adeguata pubblicità, a livello regionale e locale, dell'avvio della procedura di rilascio; rinnovabilità della concessione con procedimento analogo a quello di rilascio; e rinnovabilità con procedura semplificata nel caso di ottemperanza, da parte del concessionario, a tutti gli obblighi e prescrizioni indicati nel provvedimento concessorio e di persistente possesso, in capo ad esso, dei requisiti di capacità tecnica ed economica necessaria per lo sfruttamento del giacimento (v. anche D.P.G.R. Campania, 9.4.2010 n. 95 - Regolamento di attuazione della legge regionale n. 8/2008, spec. Capo III, artt. da 9 a 26).

E la stessa legge regionale n. 8/2008 ha altresì confermato la dimensione sanitario-terapeutica delle prestazioni termali, riproducendo la legge statale 323/2000 per quanto attiene alle definizioni di: a) acque termali (con il richiamo del R.D. 1924/1919); b) cure termali e c) stabilimenti termali (con richiamo dell'art. 3 della legge 323/2000 anche per quanto attiene agli stabilimenti annessi ad alberghi); e il regime autorizzatorio (Capo III -

*Autorizzazione all'apertura delle aziende, stabilimenti e reparti termali, in particolare art. 10) con attribuzione del potere, di autorizzare l'utilizzazione delle acque termali, all'autorità comunale, quale autorità sanitaria locale, previo parere dell'azienda sanitaria locale, subordinando il rilascio dell'autorizzazione al possesso: del titolo concessorio minerario; del provvedimento di riconoscimento del carattere termale e della terapeuticità delle acque; dei requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi minimi previsti dalla legislazione sanitaria (art. 8, comma 4, D.lgs. 30 dicembre 1992 n. 502). La dimensione sanitaria è ancor più accentuata nell'art. 22 della stessa legge regionale n. 8/2008 che (attualizzando disposizioni contenute nel R.D. 1024/1919) individua, tra i *contenuti dell'autorizzazione all'apertura delle aziende, stabilimenti e reparti termali annessi a complessi ricettivi*, l'elencazione delle cure, il nome del direttore sanitario, l'approvazione del regolamento sanitario interno.*

PARTE II

Il rinnovo delle concessioni termali e le normative applicabili

1. I due pilastri del regime giuridico degli stabilimenti termali, che avevano resistito per decenni, sono stati in tempi recenti messi in discussione dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale (relativa ad alcune disposizioni legislative della Regione Campania, successive al recepimento da parte dell'Italia, con D.lgs. n. 59 del 26 marzo 2010, della Direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno: c.d. *Direttiva Bolkestein*) che ha negato – ancorché ai fini dell'applicazione della Direttiva servizi – la riconducibilità dell'utilizzo delle acque termali ai servizi sanitari; ed ha ascritto le acque minerali e termali (senza motivazione e con affermazione estranea all'oggetto del giudizio di costituzionalità) non già al demanio minerario bensì a quello idrico.

L'argomento, per la sua complessità, richiede una trattazione più ampia e piana.

A) Come è noto, la Direttiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 contiene disposizioni generali volte ad *agevolare l'esercizio della libertà di stabilimento dei prestatori nonché la libera circolazione dei servizi assicurando nel contempo un elevato livello dei servizi stessi* (art. 1 della Direttiva).

La Direttiva del 2006 è stata recepita dall'Italia con il D.lgs. 26 marzo 2010 n. 59 le cui disposizioni, come si legge nell'art. 1 del D.lgs., *si applicano a qualunque attività economica di carattere imprenditoriale o professionale svolta senza vincolo di subordinazione diretta allo scambio di beni o alla fornitura di altra prestazione anche a carattere intellettuale.*

L'art. 10 del D.lgs. 59/2010 ha sancito che *nei limiti del presente decreto l'accesso e l'esercizio delle attività di servizi costituiscono espressione della libertà di iniziativa economica e non possono essere sottoposti a limitazioni non giustificate o discriminatorie*

Il successivo art. 16 ha poi stabilito che *nell'ipotesi in cui il numero di titoli autorizzatori disponibili per una determinata attività di servizi sia limitato le autorità competenti applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali...* (comma 1) e, in tali casi, *il titolo è rilasciato per una durata limitata e non può essere*

rinnovato automaticamente né possono essere accordati vantaggi al prestatore uscente o ad altre persone ancorché giustificati da particolari legami con il primo (comma 4).

Tra i servizi esclusi dall'applicazione del D.lgs. n. 59/2010 e quindi della Direttiva 2006/123/CE l'art. 7 del D.lgs., alla lettera d), ha indicato, tra gli altri, i *servizi sanitari e ... farmaceutici forniti direttamente a scopo terapeutico nell'esercizio delle professioni sanitarie indipendentemente dal fatto che vengano prestati in una struttura sanitaria e a prescindere dalle loro modalità di organizzazione, di finanziamento e dalla loro natura pubblica o privata.*

B) La Regione Campania, muovendo evidentemente dal presupposto che le prestazioni termali rientrassero tra i servizi sanitari di cui al D.lgs. n. 59/2010 e al fine di evitare che le concessioni termali ricadessero nell'ambito di applicazione della normativa sui servizi nel mercato interno, con l'art. 2 della legge regionale n. 11 del 25 maggio 2010, modificando la legge finanziaria regionale 2010, ha stabilito che *Le norme relative al rinnovo delle concessioni previste dalla legge regionale 29 luglio 2008 n. 8 (Disciplina della ricerca e utilizzazione delle acque minerali e termali ...) e nel successivo Regolamento attuativo n. 10/2010 ... si interpretano nel senso che alle stesse non si applicano le disposizioni del D.lgs. 26 marzo 2010 n. 59 (Attuazione della Direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno) in quanto afferenti ad attività sanitarie sottratte alla disciplina comunitaria sui servizi ai sensi dell'art. 7 comma 1, lettera b, del medesimo decreto legislativo.*

In tal modo però la Regione Campania non si è limitata ad interpretare una propria legge mantenendosi nell'ambito delle proprie attribuzioni, ma ha finito per invadere la competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza in violazione dell'art. 117, comma 1, lettera e, della Costituzione offrendo con legge, egualmente in contrasto con la Costituzione, un'interpretazione autentica di legge statale e di Direttiva Europea dalla stessa recepita.

C) L'art. 2 della legge Reg. Campania n. 11/2010 è stato, per queste ragioni, dichiarato incostituzionale, su ricorso del Governo, dalla sentenza della Corte Costituzionale 22 luglio 2011 n. 235 che ha appunto richiamato l'art. 117, comma 2, lettera e, Cost. nonché l'esigenza di corretto e uniforme funzionamento del mercato.

Con soli due righe di motivazione, ultronei rispetto all'oggetto principale del giudizio di costituzionalità, ma in realtà senza motivare, la Corte ha però pesantemente incrinato i due pilastri sui quali si era fondato fino a quel momento il regime giuridico degli stabilimenti termali e delle acque termali, avendo ascrivito le concessioni in materia di utilizzazione delle acque minerali e termali, oggetto della disposizione da essa esaminata, nel novero delle concessioni demaniali idriche, rilevando che *l'art. 7 del D.lgs. n. 59/2010 nulla stabilisce in materia di esclusione del demanio idrico dall'applicazione della Direttiva 2006/123/CE, con ciò mettendo anche in discussione che le prestazioni termali fossero riconducibili ai servizi sanitari.*

La Corte non ha però tenuto conto del fatto che le acque minerali e termali appartengono non già al demanio idrico bensì a quello minerario, come sancito fin dal 1927 e come riconosciuto da giurisprudenza pacifica che, tra l'altro, ha costantemente escluso la giurisdizione del Tribunale Superiore delle Acque in vertenze aventi ad oggetto acque

termali, essendo queste estranee alla disciplina amministrativa delle acque pubbliche e rientrando invece in quella delle miniere, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo (Cass. civ. SS.UU., 23 aprile 2001 n. 176)[\[7\]](#).

E la Corte Costituzionale ha altresì omesso di tener conto, anche per la mancata partecipazione al giudizio della Regione Campania, del fatto che le prestazioni termali sono state caratterizzate come prestazioni sanitarie, non solo dalla legislazione regionale e in particolare dalla legge n. 8/2008 ma anche dalle stesse leggi statali, compresa la legge 24 aprile 2000 n. 323 di riordino del settore termale che, come si è visto, ribadisce il carattere terapeutico delle cure termali riconducendole quindi ai servizi sanitari.

D) Con deliberazione G.R. n. 671 del 6 dicembre 2011, la Regione Campania ha preso atto della sentenza della Corte Costituzionale n. 235/2011 ritenendo conseguentemente che *per procedere al rilascio delle concessioni disciplinate dalla legge regionale 8/2008 e ss.mm.ii., devono applicarsi le disposizioni di cui al decreto legislativo n. 59/2010 e ss.mm.ii., sulla scorta del piano di settore (delle acque minerali e termali) di cui agli articoli 38 e seguenti della legge regionale 8/2008 e ss.mm.ii., essendo ad esso demandata l'individuazione delle aree aventi potenzialità di coltivazione nonché le forme di tutela e utilizzazione delle risorse e la delimitazione delle aree in cui è vietata la ricerca e lo sfruttamento delle risorse stesse.*

In base a tali premesse, tenendo conto dei tempi di approvazione del piano di settore e in considerazione del *preminente interesse della Regione Campania (a) consentire la prosecuzione a tutti gli effetti di legge, per il tempo strettamente necessario, delle attività relative alle richiamate concessioni ...* la Regione Campania ha deliberato di dare avvio alla redazione del piano regionale di settore delle acque minerali, naturali e termali e di consentire, in via eccezionale e per il tempo strettamente necessario all'approvazione del piano di settore e al conseguente espletamento delle procedure di assegnazione delle concessioni scadute o in scadenza - individuando nel D.lgs. 163/2006 e cioè nel Codice dei contratti pubblici, la normativa di riferimento - la prosecuzione delle attività afferenti alle stesse concessioni, a condizione che sia richiesto dai concessionari l'avvio delle procedure in materia di valutazione di impatto ambientale e di valutazione di incidenza ambientale.

Il contenuto della deliberazione n. 671/2011 è stato successivamente trasfuso nelle disposizioni di cui ai commi 104, 105 e 108 della legge regionale n. 16/2014 dichiarati incostituzionali dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 117 del 25 giugno 2015: disposizioni e sentenza che saranno esaminati diffusamente nel successivo paragrafo **2** di questa Parte II, dopo aver ricordato i (non coincidenti) pareri della Commissione Europea e dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (A.G.C.M.) in materia di concessione per l'imbottigliamento delle acque minerali.

E) Dopo la deliberazione G.R. n. 671/2011, la Commissione Europea, con nota del 2 maggio 2012, in risposta alla interrogazione parlamentare P-002995/2012, ha precisato che le disposizioni della Direttiva 2006/123/CE (direttiva c.d. *Bolkestein* recepita dall'Italia col citato D.lgs. 59/2010) non sono applicabili alle concessioni relative ai beni in quanto tali e pertanto lo sfruttamento di una sorgente di acqua minerale non costituisce prestazione di servizi ai

sensi della Direttiva, bensì un'attività di produzione primaria non assoggettata alla Direttiva, salvo che per quanto riguarda le attività di distribuzione.

A seguito di ciò la Regione Campania, con l'art. 1 comma 113 della legge regionale n. 5 del 6 maggio 2013 (legge finanziaria regionale 2013) ha stabilito che *La Regione procede al rinnovo, anche anticipato, delle concessioni per l'imbottigliamento di acque minerali, di cui alla legge regionale n. 8/2008 e al Regolamento regionale 9 aprile 2013 n. 10, sulla base dei chiarimenti formulati dalla Comunità europea, con nota P-002995/2012 del 2 maggio 2012.*

Tuttavia, la Regione Campania, con richiesta del 21 maggio 2013, evidentemente dubitando della validità della decisione legislativa di pochi giorni prima, ha interpellato l'A.G.C.M. sulla possibilità di rinnovare le concessioni per lo sfruttamento delle acque minerali.

E l'A.G.C.M., su conforme avviso dell'Avvocatura dello Stato, ha ritenuto, con parere n. S1827 del 24 giugno 2013, che il citato comma 113 sia idoneo a pregiudicare il confronto concorrenziale tra le imprese e le esigenze di trasparenza e di efficienza in un settore implicante l'impiego di beni demaniali, rappresentando la necessità dell'indizione di procedure ad evidenza pubblica per l'assegnazione delle concessioni con criteri di trasparenza ed al prezzo più conveniente ed escludendo quindi nell'immediato un rinnovo automatico dei titoli in favore dei precedenti concessionari.

2. Il "disorientamento" e le "oscillazioni" conseguenti alla sentenza della Corte Costituzionale n. 235/2011, manifestatesi con l'adozione da parte della Regione Campania di provvedimenti amministrativi (deliberazione G.R. n. 671/2011), disposizioni legislative (comma 113 Legge reg. n. 5/2013 del 6 maggio 2013) e istanze (del 21 maggio 2013 all'A.G.C.M.) tra loro contraddittori e con la formulazione, da parte della Comunità Europea, il 2 maggio 2012 e dell'A.G.C.M. il 24 maggio 2013, di pareri (almeno in apparenza) difformi sulla medesima fattispecie (rinnovo concessioni imbottigliamento acque minerali), si sono accentuati negli ultimi due anni, contraddistinti dai tentativi della Regione Campania da un lato, di tener ferma la prosecuzione delle concessioni scadute o in scadenza, dall'altro di individuare le più adeguate procedure di assegnazione delle concessioni, in un contesto legislativo regolamentare e giurisprudenziale non chiaro, lacunoso e, almeno in parte, contraddittorio. In particolare:

A) La Regione Campania, con la già citata legge regionale n. 5/2013, art. 1, comma 106 lett. b), ha aggiunto il comma 4-bis all'art. 40 della legge regionale n. 8/2008 (*Disciplina della ricerca e utilizzazione delle acque minerali e termali...*), nel quale è previsto che *"In attesa dell'approvazione del piano, se è comunque accertata la coltivabilità del giacimento anche con riferimento alle esigenze di tutela delle risorse, è consentito rilasciare concessioni, di durata massima pari a cinque anni, esclusivamente nel caso di concessione già rilasciata nel passato e cessata da non più di due anni"*.

A seguito dell'introduzione di tale disposizione, il T.A.R. Campania-Napoli, con numerose decisioni, a partire dalla sentenza della VII Sezione 13.12.2013 n. 5717, ritenendo mutato il quadro normativo di riferimento, ha dichiarato

la cessazione della materia del contendere sui ricorsi proposti, da titolari di concessioni per lo sfruttamento di acque termali e minerali, avverso i dinieghi opposti, dalla Regione Campania, alle istanze di rinnovo delle concessioni, presentate dai concessionari, ai sensi dell'art. 4 c. 4 L.R. n. 8/2008 e dell'art. 16 del Regolamento regionale n. 10/2010 (d.p.g.r. n. 95/2010).

In tempi più recenti, la stessa Sezione VII del T.A.R. Campania-Napoli, con sentenza n. 2152 del 16 aprile 2014, pur confermando la cessazione della materia del contendere in una vertenza simile a quelle sopra ricordate, ha tuttavia riaffermato la diretta applicabilità dei principi comunitari e la loro prevalenza sulle norme interne, contrastanti, destinate come tali ad essere disapplicate; e ne ha dedotto la duplice conseguenza che la concessione per lo sfruttamento di un bene demaniale, assegnato e utilizzato per la produzione di beni e servizi di rilevanza economica, deve essere rilasciata previo espletamento di una procedura trasparente e non discriminatoria, che garantisca la parità di trattamento tra i concorrenti, la libertà di stabilimento, ma anche il più conveniente impiego delle risorse disponibili; e che il rinnovo della concessione, senza l'espletamento di una selezione competitiva tra tutti gli interessati, si pone in contrasto con la normativa comunitaria, consentendo l'affidamento diretto al precedente concessionario (negli stessi termini: T.A.R. Campania-Napoli, VII, 5 dicembre 2014 n. 6399).

Per completezza va ricordato, anche, che la stessa legge regionale n. 5/2013, all'art. 1 comma 107, ha trasformato le concessioni perpetue di acque minerali e termali in concessioni temporanee.

B) Nel 2014, la Regione Campania è intervenuta nuovamente in materia di concessioni termali, con la legge regionale 7 agosto 2014 n. 16 - *Interventi di rilancio e sviluppo dell'economia regionale... nonchè di carattere ordinamentale e organizzativo* (collegato alla legge di stabilità regionale 2014) traducendo in forma legislativa (art. 1, commi 104, 105 e 108) i contenuti della deliberazione G.R. del 6 dicembre 2011 n. 671.

Più specificamente, la legge regionale n. 16/2014, con i commi impugnati, ha consentito - per il tempo strettamente necessario per l'approvazione del piano regionale di settore delle acque minerali e termali e per l'espletamento di gara ad evidenza pubblica per l'assegnazione delle concessioni del demanio termominerali - la prosecuzione, fino a un massimo di cinque anni, delle attività afferenti le concessioni scadute e in scadenza, subordinando la prosecuzione (e per le nuove concessioni l'avvio) alla presentazione da parte dei concessionari delle istanze di avvio delle procedure VIA e VINCA.

C) Con sentenza n. 117 del 25 giugno 2015 la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni contenute nella legge Regione Campania n. 16/2014 con la seguente motivazione *L'attività di sfruttamento oggetto di concessione termominerale ricade nel campo applicativo della direttiva 12 dicembre 2006, n. 2006/123/CE, attuata dal decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, posto che tali fonti hanno ad oggetto «qualunque attività economica, di carattere imprenditoriale o professionale, svolta senza vincolo di subordinazione, diretta allo scambio di beni o alla fornitura di altra prestazione», salve le eccezioni specificamente*

indicate.

Tra tali eccezioni non rientra lo sfruttamento delle acque termali per fini terapeutici ai sensi dell'art. 7, comma 1, lettera b), del d.lgs. n. 59 del 2010, come questa Corte ha già ritenuto, dichiarando l'illegittimità costituzionale di una norma regionale campana che aveva sottratto le concessioni termominerali al campo applicativo del d.lgs. n. 59 del 2010, in quanto afferenti alle attività sanitarie.

La Corte, in tale occasione, ha riconosciuto l'applicabilità della direttiva 2006/123/CE ... alle concessioni del demanio idrico (N.B.: in realtà alle concessioni idrotermali, erroneamente ascritte al demanio idrico dalla sentenza n. 235/2011).

L'art. 16 del d.lgs. n. 59 del 2010, quando l'attività deve essere contingentata a causa della scarsità delle risorse naturali, impone una procedura di evidenza pubblica per la scelta del concessionario e vieta la proroga automatica delle concessioni, nonché l'attribuzione di «vantaggi» al concessionario uscente.

Si tratta di disposizioni che favoriscono l'ingresso nel mercato di altri operatori economici e ostano all'introduzione di barriere tali da alterare la concorrenza tra imprenditori, la cui efficacia non può venire paralizzata neppure transitoriamente, a causa dell'inerzia della Regione nell'approvazione del piano regionale di settore delle acque.

Ne segue che l'automatica proroga delle concessioni termominerali disposta dalle norme impugnate, per un periodo di tempo peraltro considerevole e superiore a quanto strettamente necessario ai fini della definizione della gara pubblica, contrasta con tali regole, espressive del diritto dell'Unione e proprie della sfera di competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza.

Quanto alla disposizione regionale relativa a VIA e VINCA (esaminata dalla Corte Costituzionale solo per le nuove concessioni, avendo già dichiarato, nella stessa sentenza 117/2015, l'illegittimità della proroga di quelle in atto) la Corte ha ritenuto che essa si ponesse in contrasto con il principio sancito dalla legislazione (esclusiva) dello Stato secondo il quale il VIA e VINCA debbono precedere l'avvio dell'attività.

3. La sentenza della Corte 117/2015 ha indotto la Regione Campania a legiferare nuovamente in tema di concessioni termali e, forse suggestionata dalla (erronea e non vincolante) ascrizione di dette concessioni al patrimonio idrico, ad opera della Corte Costituzionale, lo ha fatto, nell'ambito di una legge, la n. 15 del 2 dicembre 2015, di riordino del servizio idrico integrato, al quale non sono riconducibili le concessioni minerali e termali.

La legge regionale n. 15/2015 in particolare, all'art. 25, senza alcun riferimento alla Direttiva 2006/123/CE e al D.lgs. n. 59/2010 che l'ha recepita, ha previsto l'affidamento entro 180 giorni delle concessioni per lo sfruttamento delle acque minerali, naturali e termali, nel rispetto della normativa nazionale e comunitaria, vigente in materia, demandando alla Giunta Regionale, entro 60 giorni, l'individuazione dei criteri di assegnazione.

Quanto alla proroga, l'art. 25, al 3° comma, ha previsto che *Le concessioni comunque in essere alla data del 30 aprile 2015 permangono efficaci limitatamente al tempo necessario per l'espletamento delle procedure ad evidenza pubblica, così da garantire per il periodo suddetto la continuità dell'attività aziendale, sia per le imprese*

termali che per quelle d'imbottigliamento, al fine di salvaguardare i livelli occupazionali e l'utilizzo ottimale della risorsa idrotermale ed idromineraie.

Con deliberazione G.R. n. 3 del 12 gennaio 2016 ha avviato l'esecuzione dell'art. 25 legge reg. n. 15/2015 stabilendo di dare mandato, alla Direzione Generale competente, di avviare le procedure, precisando che i criteri, ai quali la Direzione Generale si sarebbe dovuta attenere, sono da rinvenire nelle disposizioni contenute nel D.lgs. 163/2006 e successive modifiche e integrazioni (Codice dei contratti pubblici) in quanto applicabili; nella disciplina contenuta nelle disposizioni e nei principi comunitari; nonché nella legge 241/1990 e successive modifiche e integrazioni e nei principi di trasparenza, economicità, efficacia, tempestività, libera concorrenza e parità di trattamento; salvaguardia della forza lavoro, degli investimenti e dell'avviamento.

Ma, a quanto risulta dagli accessi al sito regionale, alla deliberazione G.R. n. 3/2016 non è stato dato seguito dalla Direzione Generale competente, forse anche per l'incertezza delle procedure di assegnazione delle concessioni termali e la difficoltà, per la Direzione, di definire i criteri senza la chiara individuazione, da parte della Giunta Regionale, delle specifiche norme di riferimento. A tal proposito si consideri che il d.lgs. 163/2006, richiamato nella deliberazione G.R. del 12 giugno 2010, è stato sostituito dal D.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 attuativo, tra le altre, della Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

Orbene, la Direttiva 23/2014 sulle concessioni, come si legge nel suo *considerando* n. 15, non si applica alle tradizionali concessioni di beni pubblici, che non si configurano come concessioni ai sensi della Direttiva n. 23 in quanto l'Amministrazione concedente non acquisisce lavori o servizi né vi è una definizione dei rischi ai sensi della nuova direttiva^[8].

Per colmare la lacuna è di recente intervenuto, ancora una volta, il legislatore regionale campano che con la legge regionale 5 aprile 2016 n. 6 (legge collegata alla legge regionale di stabilità 2016) al comma 6 dell'art. 17 - *Norme per lo sviluppo balneare* ha disposto che al rilascio e al rinnovo delle concessioni per lo sfruttamento delle acque minerali e termali (che non rientrano tra le concessioni balneari e quindi, ancora una volta, fuori dal contesto loro proprio) si applica la medesima procedura comparativa ad evidenza pubblica individuata, per le concessioni balneari, dai commi 2, 3, 4 e 5 dello stesso art. 17, anche in riferimento alla Direttiva 12 dicembre 2006 n. 123 sui servizi nel mercato interno e alla normativa nazionale vigente in materia, con esplicito riconoscimento, per la prima volta, da parte della Regione Campania, dell'applicazione della Direttiva servizi alle concessioni termominerali.

L'art. 17 della legge reg. n. 6/2016 è stato però immediatamente sottoposto, dal Governo, al vaglio della Corte Costituzionale, innanzi alla quale lo ha impugnato, ritenendo tra l'altro illegittima la procedura comparativa di rinnovo delle concessioni, nelle parti in cui prevede che l'eventuale concessionario subentrante sia obbligato a corrispondere all'uscente un indennizzo, determinato sulla base di una stima del valore aziendale effettuata dal

vecchio concessionario, per contrasto con la riserva alla potestà legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, comma 2, Cost.) della materia dei rapporti di natura privata e con l'esigenza di uniformità di disciplina su tutto il territorio nazionale^[9].

Meritevole (ancorché indirettamente) di attenzione e di un approfondito studio, ai fini dell'interpretazione e dell'applicazione della normativa regionale campana sul rinnovo delle concessioni termominerali, è la recentissima sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 14 luglio 2016 che, in un giudizio relativo alle norme di regioni italiane sulla proroga di concessioni di beni demaniali marittimi e lacustri (spiagge in particolare), ha affermato il principio per il quale il diritto dell'Unione – ed in particolare l'art. 12 della Direttiva 123/2006 sui servizi nel mercato interno e l'art. 49 TFUE – osta a che le concessioni demaniali pubbliche, per l'esercizio delle attività turistico-ricettive nelle aree demaniali marittime e lacustri, siano prorogate in modo automatico in assenza di una adeguata procedura di selezione dei candidati.

Il collegamento delle concessioni termali con quelle balneari, effettuato dalla Regione Campania con la legge n. 6/2016, rende ancor più evidente la rilevanza (pur se indiretta) della sentenza della Corte di Giustizia U.E. del 14 luglio 2016 quanto al rinnovo delle concessioni termali ed in particolare ai fini della individuazione del livello di pubblicità adeguato da dare alla procedura selettiva e dell'osservanza del divieto di concedere al precedente concessionario un ingiustificato *favor*.

4. A conclusione di questo lungo e (a partire quantomeno dal 2011) travagliato *excursus* della legislazione e della regolamentazione nazionale e regionale e della giurisprudenza nazionale e dell'Unione Europea, in tema di concessioni termali ed in particolare di proroga e/o rinnovo delle stesse, risultano poche certezze e molti dubbi e lacune.

Acquisita, allo stato, l'attrazione delle concessioni termali nella sfera di applicazione della Direttiva servizi n. 123 del 2006 e del D.lgs. n. 59/2010 che l'ha recepita (sentenza Corte Costituzionale n. 117/2015 e, in Campania, art. 17 legge reg. 5 aprile 2016 n. 6), restano ancora incerti e nebulosi la procedura di assegnazione e i criteri (l'art. 17 della legge regionale n. 6/2016 è stato impugnato dal Governo innanzi alla Corte Costituzionale, con possibile esito di incostituzionalità).

La situazione di incertezza è stata alimentata dalla vaghezza delle normative europea e nazionale ma anche dalle occasionalità e dalla asistematicità della legislazione regionale campana, preoccupata di conciliare l'interesse alla prosecuzione dell'attività termale in essere (risultato, di fatto, fino ad oggi conseguito) con l'esigenza di rispettare la normativa europea e nazionale, di fatto neutralizzata dal rinvio delle procedure di assegnazione, prima, alla redazione del piano di settore delle acque termali e minerali e alla definizione dei relativi criteri e modalità; e, dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 117 del 2015, alla sola definizione di criteri e modalità.

Una soluzione stabile (se non definitiva) della intricata vicenda è possibile a patto di rinunciare ad interventi, normativi e amministrativi, occasionali e contingenti e di affrontare uno studio profondo e sistematico delle

normative di riferimento, tenendo conto sia degli aspetti attinenti al bene comune, nazionale, regionale e locale (e alla pluralità di beni ed esigenze comuni in cui questo si articola, si concretizza e si manifesta), sia della necessità che i beni dei singoli imprenditori siano collegati e coordinati con il bene comune, per esigenze non solo di giustizia sociale, ma anche di tutela degli stessi interessi privati, che da tale collegamento escono rafforzati, in una nuova dimensione collaborativa, tra pubblico e privato, emergente dalla recente legislazione nazionale, europea e internazionale.

Si tratta con tutta evidenza di uno studio non solo teorico, ma anche e soprattutto applicato, che trascende i limiti della relazione a un convegno e che va condotto, nelle sedi opportune, con la partecipazione attiva dei protagonisti, pubblici e privati, della vicenda.

[1] Nino PAPALDO, *Acque minerali e termali*, in E.d.D. vol. I, 1958, pagg. 450-456

[2] Le sorgenti di acque minerali e termali erano considerate dalla normativa del 1919 proprietà privata (v. art. 5, comma 4, n. 4 R.D. 1924/1919, in quanto estensione nel sottosuolo della proprietà del suolo. Il Codice civile del 1865 (rimasto in vigore fino all'avvento del Codice civile del 1942, attualmente vigente) all'art. 440 stabiliva *chi ha la proprietà del suolo ha pure quella dello spazio sovrastante e di tutto ciò che si trova sopra e sotto la superficie*.

[3] In realtà, anche le acque, per così dire, ordinarie, in quanto beni pubblici sono sottoposte, come le acque termali, a un regime concessorio per l'utilizzazione da parte di privati. *Si tratta tuttavia ... di procedimenti concessori sia strutturalmente che funzionalmente differenti: da un lato di captazione, derivazione e/o utilizzazione delle acque pubbliche; dall'altro di coltivazione, produzione e commercializzazione di beni minerali* (Sandro AMOROSINO, *Le acque più "pregiate": i regimi amministrativi delle acque minerali e termali*, in Rivista di diritto alimentare, www.rivistadirittoalimentare.it, ottobre-dicembre 2008, p. 2

[4] L'art. 3 comma 2) della stessa legge n. 323/2000 ha previsto che *Gli stabilimenti termali possono erogare in appositi e distinti locali prestazioni e trattamenti eseguiti sulla superficie del corpo umano il cui scopo esclusivo o prevalente sia quello di mantenerlo in perfette condizioni, di migliorarne e proteggerne l'aspetto estetico, modificandolo attraverso l'eliminazione o l'attenuazione degli inestetismi cutanei presenti*.

[5] All'art. 1, comma 2, della legge 323/2000 è previsto che *La presente legge promuove, altresì, la tutela e la valorizzazione del patrimonio idrotermale anche ai fini dello sviluppo turistico dei territori termali*.

[6] L'art. 117 della Costituzione, nel testo originario, includeva le acque minerali e termali tra le materie oggetto di potestà legislativa regionale concorrente. Allo Stato quindi era riservato il potere di fissare con legge i principi fondamentali. Dopo la modifica, con legge costituzionale n. 3/2001, dell'art. 117 Cost. che non menziona più le acque minerali e termali (né le miniere), si deve ritenere che la materia rientri nella potestà legislativa regionale primaria. Tuttavia, lo Stato può incidere sulla stessa in quanto titolare della potestà legislativa esclusiva nelle materie (c.d. trasversali) di tutela della concorrenza, di tutela dell'ambiente e di tutela della salute e

dell'alimentazione, nonché del potere sostitutivo nei confronti delle Regioni per l'attuazione delle direttive comunitarie (v. Sandro AMOROSINO, *op. cit.*, pp. 5 e ss.)

[7] E' appena il caso di aggiungere che la direttiva sulle acque minerali (Direttiva 2009/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 luglio 2009, recepita dall'Italia con D.lgs. 8 ottobre 2011 n. 176) ha espressamente escluso dal suo ambito di applicazione *le acque minerali naturali utilizzate a fini curativi negli stabilimenti termali e idrotermali* (art. 1, comma 3, lett. b): a conferma della funzione terapeutica degli stabilimenti termali e, al tempo stesso, dalla non riconducibilità delle acque termali neanche al patrimonio idrico alimentare di cui si occupa sostanzialmente la direttiva.

[8] cfr. Mario P. CHITI, *Il partenariato pubblico privato e la nuova direttiva concessioni*, January 21, 2015, in www.studiolegalechiti.it

[9] Le disposizioni di cui all'art. 17 della Legge Regionale 5 aprile 2016 n. 6, impugnate dal Governo, sono state abrogate subito dopo il presente Convegno dall'art. 16, comma 3, lettera a), Legge Regionale 8 agosto 2016 n. 22, a decorrere dal 9 agosto 2016 (ai sensi di quanto previsto dall'art. 29 comma 1 della medesima legge n. 22/2016).

Note