

**ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITÀ DI BOLOGNA**

**DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO DEI TRASPORTI EUROPEO**

XXV CICLO

**SETTORE CONCORSUALE DI AFFERENZA 12/B1
SETTORE SCIENTIFICO DISCIPLINARE IUS/06
DIRITTO DELLA NAVIGAZIONE**

**“LA FIGURA DEL CONCESSIONARIO DI BENI E DI SERVIZI NEL
DEMANIO MARITTIMO, COSTIERO E PORTUALE”**

Presentata dal dottor Antonio Salamone

Coordinatore Dottorato

Chiar.mo Prof. STEFANO ZUNARELLI

Relatore

Chiar.mo Prof. STEFANO ZUNARELLI

ESAME FINALE ANNO 2013

Il presente lavoro è dedicato a mia moglie, Rossella.

INDICE- SOMMARIO

PROLOGO	4
----------------------	---

CAPITOLO I

RICOSTRUZIONE DEL RAPPORTO TRA CONCESSIONE E BENI DEL DEMANIO MARITTIMO NELLO SVOLGERSI DELLA DISCIPLINA NORMATIVA E NELL'ELABORAZIONE DOTTRINALE

1. Considerazioni introduttive.....	7
2. Dal diritto romano alla nascita dello Stato unitario.....	8
3. Il difficile confronto della legislazione postunitaria e della dottrina liberale con l'istituto della concessione.....	9
4. La gestione diretta di attività economiche da parte dello Stato e l'abbandono della teoria classica dei beni demaniali.....	20
5. La disciplina del Codice della Navigazione in materia di concessioni del demanio marittimo, l'introduzione del principio di nominatività con il codice civile del 1942 e l'avvento di un nuovo ordine costituzionale.....	27
6. La disciplina degli anni Novanta, le privatizzazioni e la penetrazione nell'ordinamento dei principi comunitari. Le riforme degli ultimi anni e le riflessioni dottrinali in materia.....	38

CAPITOLO II

ITINERARI GIURISPRUDENZIALI IN MATERIA DI BENI DEL DEMANIO MARITTIMO

1. Il confronto della giurisprudenza con la nozione di bene comune e la visione personale- collettivistica dei beni pubblici: il caso delle valli da pesca della laguna di Venezia.....	58
2. Affidamento e rinnovo delle concessioni demaniali marittime: il graduale tramonto del diritto di insistenza e l'obbligo di rispetto della procedura di evidenza pubblica.....	69

3. Le concessioni in ambito portuale e l'eventuale rilievo dei caratteri soggettivi del richiedente.....	77
--	----

CAPITOLO III

I SOGGETTI AFFIDATARI DELLE CONCESSIONI DEMANIALE MARITTIME, PORTUALI ED OLTRE, PERCORSI DOTTRINALI E GIURISPRUDENZIALI.

1. Definizione dell'oggetto di ricerca e nozione di operatore economico nell'affidamento di contratti pubblici: le esigenze di semplificazione sottese alla disciplina attuale.....	81
2. L'insostenibile asimmetria del principio di demanializzazione tacita e sdemanializzazione espressa sottesa dall'art. 35 Cod. nav.: la titolarità privata di beni pubblici dallo Stagno di Cabras al caso delle darsene scavate a secco su aree private.....	91
3. Della legittimazione degli enti pubblici alla titolarità di concessioni demaniali marittime: il caso Conisma e del Comune di Eraclea.....	103
4. Segue della legittimazione degli enti "no profit".....	109
5. Il subingresso nella concessione demaniale marittima e la teoria dei "bene di secondo grado" nella tutela degli azionisti della concessionaria fallita.....	110
6. La concessione del demanio portuale quale occasione per la realizzazione dei cosiddetti cluster logistici.....	118

CONCLUSIONI.....	122
-------------------------	------------

BIBLIOGRAFIA.....	124
--------------------------	------------

RINGRAZIAMENTI.....	132
----------------------------	------------

PROLOGO

Quando ho iniziato a scrivere la tesi di dottorato, intendevo semplicemente sviluppare la tematica della concessione di beni del demanio marittimo attraverso l'esame della casistica giurisprudenziale più recente e gettare luce sugli sviluppi dottrinali di maggiore significato ed interesse.

In realtà più progredivo nello studio e maggiore appariva la difficoltà di circoscrivere l'oggetto della mia ricerca, quanto mai mutevole e sfuggente, complicato, com'è, dalla disordinata coesistenza di una molteplicità di figure concessorie irriducibili ad unità.

Per la tradizione amministrativa la concessione è lo strumento che consente ai singoli di utilizzare un bene pubblico a titolo particolare.

Proprio l'endiadi espressa dai due aggettivi della definizione tradizionale, *pubblico e particolare*, nasconde la ragione della fortuna dello strumento concessorio, capace di soddisfare, allo stesso tempo, un'esigenza di carattere pubblico ed un bisogno eminentemente privato, sopravvivendo ai più differenti periodi storici ed all'affermarsi delle più radicali correnti di pensiero.

A fare da sfondo a questa insanabile tensione, in perenne oscillazione tra i due poli estremi della definizione, la nozione, a sua volta relativa, discussa e costantemente rivisitata, di bene pubblico.

Per questa ragione il titolo del lavoro che si presenta è articolato in tre segmenti, che fanno riferimento allo strumento, soltanto formalmente unitario, della concessione negli ambiti del demanio marittimo, del demanio costiero e del demanio portuale.

Soltanto muovendo dalla consapevolezza dell'inesistenza di uno statuto unitario della concessione, appare, infatti, possibile procedere nell'affannosa ricostruzione del sistema.

Lungo il corso del primo capitolo, tento di esaminare la disciplina normativa applicabile alle varie tipologie di concessione ipotizzabili sul demanio marittimo, senza nessuna pretesa di esaustività, ma cercando di cogliere, in una prospettiva di analisi diacronica, le linee di evoluzione dell'uso particolare dei beni variamente connessi alle esigenze della navigazione.

Solo elemento unificatore della materia appare essere, infatti, l'acqua salsa o salmastra, mentre le vie d'acqua interne, come noto, sono soggette a differente e particolare normazione.

Allo stesso tempo ho cercato di dare conto delle varie correnti dottrinali e, pur senza pretendere di offrire un approccio forzatamente nuovo od originale della materia, di mettere in contatto, in un dialogo virtuale, la dommatica marittimistica e quella amministrativistica.

Il secondo capitolo di questo lavoro è, invece, dedicato all'esame dell'elaborazione giurisprudenziale relativa alle vicende del demanio marittimo.

La vastità dei temi affrontati dalla giurisprudenza e la particolarità di ogni singolo caso, hanno sostanzialmente imposto una selezione forzatamente arbitraria delle decisioni sottoposte ad esame.

Lo scopo, invero limitato, che mi sono proposto di perseguire, è stato quello di ricercare i punti di rottura del sistema.

Corrisponde ad una visione consolatoria, l'idea che l'ordinamento giuridico nel suo complesso, e quello delle concessioni di beni pubblici in particolare, costituisca un sistema "compiuto" in grado di supplire con l'analogia ai soltanto teorici "vuoti normativi", di volta in volta individuati nel corso dell'analisi casistica.

Proprio le innumerevoli incertezze definitorie che attraversano questa materia, dai bacini di *acque salse o salmastre* alle *darsene scavate a secco* su terreni di proprietà privata, dalle *dune di sabbia* all'*arenile*, non certamente limitate alla questione dello statuto dominicale del singolo bene in discussione, pongono costantemente all'interprete problemi di tale difficoltà da costringere la Suprema Corte di Cassazione ad affermare che forse la categoria del "*dominium*" romanistico non è più sufficiente a legittimare la naturale attrazione di tutti i beni di una qualche utilità pubblica nella sfera di dominio dello Stato.

Emerge, dalla lettura del materiale selezionato, la natura relazionale della nozione di concessione, storicamente condizionata dalla teoria dei beni pubblici a sua volta incerta ed instabile.

Nel terzo capitolo, infine, mi sono sforzato di ricercare e di rappresentare una teoria unitaria della concessione dovuta, in gran parte, all'incedere,

apparentemente irresistibile, di un vocabolario comune dei contratti pubblici di matrice comunitaria.

In questo contesto ho cercato di descrivere la crisi, probabilmente irreversibile, della concezione di bene pubblico e quindi di concessione.

CAPITOLO I

RICOSTRUZIONE DEL RAPPORTO TRA CONCESSIONE E BENI DEL DEMANIO MARITTIMO NELLO SVOLGERSI DELLA DISCIPLINA NORMATIVA E NELL'ELABORAZIONE DOTTRINALE

Sommario: 1. Considerazioni introduttive. 2. Dal diritto romano alla nascita dello Stato unitario. 3. Il difficile confronto della legislazione postunitaria e della dottrina liberale con l'istituto della concessione. 4. La gestione diretta di attività economiche da parte dello Stato e l'abbandono della teoria classica dei beni demaniali. 5. La disciplina del Codice della Navigazione in materia di concessioni del demanio marittimo, l'introduzione del principio di nominatività con il codice civile del 1942 e l'avvento di un nuovo ordine costituzionale. 6. La disciplina degli anni novanta, le privatizzazioni e la penetrazione nell'ordinamento dei principi comunitari. Le riforme degli ultimi anni e le riflessioni dottrinali in materia.

1. Considerazioni introduttive

La tematica relativa alle concessioni sul demanio marittimo presenta rilevanti profili di complessità, che discendono dall'essere al contempo partecipe del destino e della faticosa evoluzione che ha coinvolto i beni pubblici e l'impiego in tale ambito della concessione ed estranea a quel percorso, in quanto connotata da profili di specialità, che conferiscono alla disciplina normativa una struttura puntiforme e rendono difficoltosa una ricostruzione unitaria dell'elaborazione giurisprudenziale.

L'analisi non può prescindere dalla ricostruzione storica del rapporto tra demanio e concessioni, che affonda le sue radici nel diritto romano, ma che nel nostro ordinamento ha rappresentato un banco di prova per il legislatore e la dottrina in modo particolare a partire dalla nascita dello stato unitario, vivendo una nuova stagione di interesse con l'avvento della Costituzione repubblicana, che mutava profondamente lo stesso concetto di proprietà attribuendole una funzione sociale, ed una fase di profonda crisi con l'avvento delle

privatizzazioni, che induceva a ripensare l'intera categoria dei beni pubblici e a revocare in dubbio la stessa esistenza della concessione.

2. Dal diritto romano alla nascita dello Stato unitario

Il diritto romano conosceva la categoria dei beni destinati all'uso collettivo, distinti in *res divini iuris*, differenziate in *res sacrae* e *res religiosae* (rispettivamente rivolte al culto degli dei superiori e degli dei inferiori) e in *res publicae*, soggette all'*usus publicus*, tra cui si annoveravano i porti, i fiumi, le spiagge e le rive.

Non vi era uniformità di vedute in ordine all'appartenenza delle *res publicae*, che per Celso appartenevano al *dominium* del popolo romano, mentre per Marciano, che vi includeva l'aria ed il mare, rientravano per diritto naturale nelle *res communes omnium*.

Non era estranea al mondo romano la figura della concessione: nel periodo repubblicano e fino al principato mentre l'*ager publicus*, costituito da territori militarmente conquistati e progressivamente assegnati ai privati apparteneva al *populus romanus*, l'*ager vectigalis*, pur formalmente ascritto alla proprietà collettiva, veniva assegnato ai concessionari, in principio a titolo temporaneo ed in prosieguo in disponibilità perpetua ed assoluta.

Il territorio conquistato venne successivamente diviso in province senatorie, assoggettate a stipendio verso il popolo (*aerarium* del popolo romano) e in province imperiali, assoggettate a tributo verso l'Imperatore (*fiscus* del principe).

Con Diocleziano si assiste ad una fusione tra *fiscus* ed *aerarium*: l'*aerarium* sopravvive unicamente per il territorio municipale di Roma, mentre il *fiscus* acquista capacità espansiva e si riunisce ai beni della corona (*patrimonium Caesaris*, di origine augustea) e alla *res privata principis* (la cui creazione si deve a Settimio Severo).

In tal modo la maggior parte dei beni pubblici diveniva di appartenenza dell'imperatore.

Nelle monarchie barbariche era, invece, sconosciuta la differenziazione tra fisco, patrimonio pubblico e patrimonio privato del sovrano, che concedeva l'uso dei fiumi, il diritto di navigare e di approdare, di pescare e di applicare balzelli a ponti e porti.

Il termine *demanium* o *domanium* si rinviene per la prima volta nel *Liber Constitututionum* di Federico II, databile al 1234, mentre la caratteristica dell'inalienabilità, discendente dall'indistinta considerazione dei beni della corona e dello Stato, risulta attribuita a tali beni con l'Editto di Moulins di Carlo IX nel 1566.

Sull'equivalenza dei due termini *demanium* e *domanium* ovvero sulla sussistenza di un rapporto da genere a specie si discuterà per secoli e per secoli resterà la sovrapposizione tra beni dello Stato e della corona, ancora rinvenibile nel Codice Albertino, che all'art. 419 statuiva: "E' patrimonio dello Stato, ossia della Corona, tutto ciò che é destinato a somministrare le rendite necessarie per sostenere i bisogni...ed ogni altro diritto regale e demaniale".

Si riferiva, invece, chiaramente alle pertinenze del demanio pubblico il Codice Napoleonico all'art. 538, ricomprendendovi "tutte le cose che sono a carico dello stato, i fiumi, le riviere navigabili o atte al trasporto, le rive, le coste occupate ed abbandonate dal mare, i porti, i seni, le spiagge e generalmente tutte le parti del territorio dello stato non suscettibili di proprietà privata"¹.

3. Il difficile confronto della legislazione postunitaria e della dottrina liberale con l'istituto della concessione

Con l'avvento dello Stato unitario si assiste al nascere di una profonda contraddizione, che si presenterà come una costante della riflessione giuridica successiva, tra la concessione- mezzo con cui i singoli sono ammessi ad utilizzare un bene pubblico a titolo particolare- e la natura pubblica del bene, che si connoterebbe al contrario per l'essere destinato all'uso comune o collettivo².

Nell'ordinamento liberale la concessione veniva vissuta come un residuo dello Stato patrimoniale, come strumento di attribuzione di privilegi e fonte di disuguaglianza in stridente contrasto con la preferenza accordata ad una regolamentazione generale ed astratta, ispirata ai principi di libertà e di uguaglianza.

¹ Cfr. per la ricostruzione storica fin qui svolta Xerri A., *Per una comune cultura dell'acqua: proprietà e gestione dei beni del demanio marittimo*, in *Il diritto marittimo*, 2011, 398 e ss.

² Cfr. per la disamina di tale contraddizione Tonoletti B., *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008, XV e ss.

La concessione dei servizi pubblici veniva interpretata come un contratto³, mentre la concessione di beni pubblici era vista come una figura destinata al tramonto con la revisione della legislazione.

I beni del demanio pubblico, che l'art. 427 del codice civile indicava nelle strade, nel lido del mare, nei porti, nelle insenature, nelle spiagge, nei fiumi e nei torrenti, erano gli stessi che formavano oggetto della disciplina dei lavori pubblici contenuta nell'allegato F della legge di unificazione amministrativa e per i quali veniva affermata la libertà e la tendenziale gratuità dell'uso da parte dei singoli⁴.

La legge sui lavori pubblici conteneva, peraltro, un titolo dedicato ai porti, alle spiagge ed ai fari, ma si limitava a classificare le opere in un'ottica funzionale al riparto delle spese⁵, mentre la disciplina degli usi di tali beni si rinveniva nel codice per la marina mercantile del 1865.

Per i beni demaniali marittimi il codice della marina mercantile riconosceva un rilievo specifico agli usi particolari⁶, differenziandoli dall'uso pubblico generale della navigazione.

Gli articoli 157 e 158 distinguevano le concessioni e le occupazioni permanenti, che dovevano essere autorizzate per legge, dalle occupazioni temporanee, che potevano essere assentite dall'amministrazione di marina per opere utili alla navigazione, alle industrie ed al commercio marittimo.

Veniva prevista la facoltà di revoca in ogni tempo con decreto reale, ma risultava assente qualsiasi disciplina in ordine al procedimento di rilascio delle concessioni ed ai criteri di scelta tra domande concorrenti.

Per il carico e lo scarico di merci all'amministrazione erano attribuite unicamente funzioni di polizia, mentre la disciplina legislativa si occupava solo indirettamente degli usi particolari di aree demaniali in relazione ad operazioni portuali, stante il riferimento contenuto nell'art. 163 ai magazzini permanenti di deposito delle merci gestiti dai privati e nell'art. 165 alla possibilità di collocare negli scali meccanismi per l'imbarco o lo sbarco delle merci, il cui esercizio doveva essere regolato d'accordo con l'ufficio del porto, a cui era

³ D'Alberti M., *Concessioni amministrative*, in *Enc. Giur.*, VII, 1.1.

⁴ Cfr. Tonoletti B., *Op.cit.*, 7 e ss.

⁵ Piola G., *Porti, fari, lidi e spiagge*, in *Digesto It.*, XVIII, Torino, 1906-1912, 1238 e ss.

⁶ Cfr. Granara D., *I beni demaniali marittimi ed il relativo regime giuridico*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, f. 6, 277 e ss.

demandata la sorveglianza di polizia sia sulle macchine, sia sulle persone addette al loro maneggio.

Gli usi finalizzati allo svolgimento di operazioni portuali, in quanto privi di una specifica regolamentazione, erano destinati a confluire nella disciplina generale degli usi particolari di cui agli articoli 157 e 158 del codice ed erano, quindi, oggetto di concessioni.

Nel codice si rinveniva, invece, una disciplina specifica per le operazioni relative alla navigazione e all'attracco nei porti. Il servizio di rimorchio era lasciato alla libera iniziativa dei privati, ponendosi soltanto l'obbligo di munirsi di licenza dell'autorità marittima, di rispettare i regolamenti e di prestare aiuto alle navi in pericolo, ove richiesti dall'ufficio di porto (art. 190).

Il pilotaggio delle navi era, al contrario, disciplinato come un servizio pubblico, risultando riservato in esclusiva (art. 197) ad un corpo di piloti, istituito in ogni porto ed in ogni altro sito di ancoraggio (art. 192), muniti di licenza ed iscritti in apposito registro (art. 193) con il costo del servizio assoggettato ad un regime tariffario stabilito con decreto reale (art. 195).

In contrasto con le affermazioni di principio non si rinviene, pertanto, nella legislazione liberale un ripudio della concessione e degli usi particolari dei beni demaniali, che confluiscono nel corpo normativo con le loro caratteristiche ed il loro significato originario. Ci si limita a comprimerne la sfera di applicazione, affermando il principio della prevalenza dell'uso pubblico generale, ma permane il potere di concessione, sopravvissuto al tramonto dello Stato assoluto, che mantiene un carattere di arbitrarietà in assenza di una predeterminazione legislativa dei fini pubblici cui dovrebbe essere preordinato⁷.

Nel volgere di pochi anni si assiste ad un mutamento di indirizzo politico⁸ in relazione alla disciplina dei beni pubblici, ingenerato dal fine di favorire lo sfruttamento industriale di tali risorse. All'amministrazione viene affidato il

⁷ Cfr. Tonoletti B., *Op. cit.*, 16.

⁸ Emerge il favore per l'intervento dello Stato in economia, determinato tra l'altro dalla conversione dal liberismo al protezionismo in materia commerciale, dal passaggio da un modello di sviluppo basato sull'agricoltura e le manifatture ad una politica economica di sostegno all'industrializzazione pesante e dal passaggio dalla sfera di influenza politica, economica e culturale francese a quella tedesca cfr. Castronovo V., *Storia economica d'Italia*, Torino, 2006, 55 e ss.

compito di individuare quale sia l'interesse da soddisfare in ogni caso concreto e l'istituto della concessione trova piena cittadinanza nell'ordinamento liberale. La legge n. 3919 del 1877 apportava due importanti modifiche all'art. 158 del codice della marina mercantile, ammettendo la possibilità che anche le concessioni temporanee importassero la costruzione di opere di natura stabile ed eliminando qualsiasi restrizione all'oggetto delle concessioni.

Il Regolamento n. 5166 del 1879 dettava, inoltre, una disciplina dettagliata delle concessioni demaniali marittime, esplicitandone la finalità primaria di sostegno allo sviluppo industriale⁹, tipizzando gli usi assentibili e stabilendo un ordine di priorità tra gli stessi.

Veniva, infatti, riconosciuta preminente importanza all'uso di cantiere e di altre industrie, al quale andavano "riservate" quelle spiagge che per la loro naturale condizione si prestassero all'esercizio di tali industrie (art. 751), istituendosi una riserva permanente per le spiagge naturalmente utilizzabili per le costruzioni navali, che comportava la revocabilità delle concessioni assentite per altre industrie a fronte della domanda di stabilirvi un cantiere (art. 751).

L'art. 757 conteneva una clausola aperta, consentendo il rilascio di concessioni di tutti i beni del demanio marittimo per qualsiasi uso.

Tra gli usi assentibili con licenze brevi tipizzati dall'art. 761 erano ricompresi anche gli usi ricreativi del mare.

Quanto all'ipotesi di pluralità di domande per le licenze brevi veniva indicato il criterio della priorità della domanda (art. 762), mentre per le concessioni, in mancanza di un titolo di preferenza, doveva farsi ricorso ai pubblici incanti in via d'aumento al canone stabilito dall'amministrazione (art. 770). Si prevedeva, peraltro, per le concessioni di particolare importanza e di lunga durata l'obbligo di pubblicazione della domanda, salvo il caso del rinnovo (art. 772).

Nella prima fase dello Stato unitario alla coesistenza nel diritto positivo dei principi liberali e della concessione- fonte della discrasia evidenziata tra affermazioni di principio e sopravvivenza dell'istituto con le sue caratteristiche ed il suo significato originario- si contrapponeva un atteggiamento fermo della

⁹ Cfr. Loiero R., *Il federalismo demaniale. Commento organico al d.lgs. 28 maggio 2010 n. 85*, Roma, 2011, 11 e ss. e Lezzi A., *Concessione di beni demaniali marittimi e federalismo territoriale. Titolarietà e competenze nella tutela degli «interessi articolati»*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 2010, 357 e ss.

dottrina, teso a disconoscere ogni rilievo alla concessione in relazione all'uso dei beni pubblici, revocandone in dubbio la stessa legittimità.

Partendo dalla distinzione operata dal codice civile tra demanio e patrimonio, ci si interrogava sui presupposti, sul significato e sulle conseguenze di tale differenziazione.

Considerando meramente esemplificativa l'elencazione codicistica, diveniva di centrale importanza individuare i caratteri distintivi delle due specie di beni, discendendone l'applicabilità o meno del regime di incommerciabilità ed inappropriabilità proprio dei beni demaniali.

Si rinveniva il significato giuridico della distinzione nella diversa natura del rapporto di appartenenza allo Stato, alle province ed ai comuni delle cose facenti parte del patrimonio, ricondotte alla nozione di proprietà privata, rispetto a quelle ricomprese nel demanio, per le quali risultava controversa la ricostruzione della tipologia di rapporto intercorrente tra il titolare ed i beni e conseguentemente il contenuto delle facoltà di disposizione degli stessi¹⁰.

Non risultava pacifica, peraltro, la posizione giuridica soggettiva riconoscibile ai privati a fronte dell'operato della pubblica amministrazione in ordine ai beni demaniali, discutendosi della configurabilità o meno di un'azione individuale e dell'eventuale legittimazione passiva dell'amministrazione¹¹.

Il carattere differenziale dei beni appartenenti al demanio veniva individuato nella *destinazione all'uso pubblico*, ma quanto alla delimitazione del concetto di uso pubblico si registravano due opposte visioni, l'una estensiva volta a ricomprensivi non solo l'uso immediato da parte dei singoli, ma anche l'uso indiretto dei beni destinati a pubblici servizi e l'altra restrittiva che circoscriveva l'uso pubblico alla prima tipologia di utilizzazione, espungendo il servizio pubblico dall'area di influenza dei beni demaniali.

Partendo dal dato comune per cui i beni demaniali sono beni *aperti all'uso pubblico*, le due tesi si differenziavano in ordine all'identificazione della modalità di realizzazione dell'interesse generale, che per l'indirizzo estensivo poteva concretizzarsi anche con il soddisfacimento dei bisogni della comunità

¹⁰ Ritiene che la tipologia di ricerca incentrata sull'esame della natura del rapporto di appartenenza di tali beni sia tributaria delle metodologie d'indagine tipiche del diritto romano Xerri A., *Art. cit.*, 401

¹¹ Cfr. Tonoletti B., *Op. cit.*, 127 e ss.

per il tramite dell'esplicazione di un servizio pubblico¹². Focalizzando l'attenzione sugli utenti del servizio, si poneva in ombra il dato imprenditoriale, rappresentato dall'interesse patrimoniale perseguito dal concessionario. In tal modo si perseguiva il fine di garantire la destinazione all'uso pubblico anche di tali beni, scongiurando il rischio che l'arbitrio dell'amministrazione, svincolato dalla funzionalizzazione all'uso pubblico, ingenerasse la prevalenza dell'interesse patrimoniale del concessionario in contrasto con la premessa di fondo della teoria liberale.

La tesi restrittiva appariva più realistica nel constatare che nel caso del servizio pubblico il bene non era impiegato direttamente dalla generalità degli utenti, ma dal concessionario che ne ricavava un profitto e mirava alla coerenza della teoria, depurando la nozione di bene demaniale ed espungendo la concessione dal suo alveo applicativo, negando in radice che potessero considerarsi demaniali i beni per i quali era assentito l'impiego con la mediazione di un concessionario privato¹³.

I beni demaniali erano, inoltre, considerati destinati *per natura* all'uso pubblico, in modo che né la legge, né l'atto amministrativo potessero crearne o mutarne la destinazione, mentre la destinazione dei beni adibiti al pubblico servizio sarebbe stata originata dalla legge o dall'atto amministrativo, potendosi in tal modo discernere i beni del demanio *necessario* da quelli del demanio *accidentale*¹⁴.

Un ulteriore tratto distintivo dei beni demaniali veniva identificato nell'essere *infruttiferi*, non potendo lo Stato trarre alcuna rendita patrimoniale dal loro impiego, essendo destinati a beneficio della collettività per il loro valore d'uso, differenziandosi in tal modo dai beni patrimoniali goduti dallo Stato per il loro valore di scambio¹⁵.

Considerare i beni demaniali naturalmente destinati all'uso pubblico era funzionale a scongiurare il rischio che venissero sottratti a tale impiego in favore di interessi politicamente od economicamente più forti, mentre escluderne il carattere fruttifero doveva servire ad elidere la principale finalità che aveva indotto nei secoli ad attribuirli in uso esclusivo mediante

¹² Cfr. De Gioannis G., *Corso di diritto pubblico amministrativo*, I, Firenze, 1877, § 375.

¹³ Tonoletti B., *Op. cit.*, 132.

¹⁴ Cfr. Meucci L., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, Vi, 1909, 329 e ss.

¹⁵ Cfr. Meucci L., 338.

concessioni, comprimendo l'uso libero e gratuito della collettività fino ad escluderlo.

Quanto alla natura del rapporto di appartenenza dei beni demaniali allo Stato e agli altri enti territoriali, una parte della dottrina riteneva che fosse riconducibile ad un *diritto di sovranità*, implicante unicamente il potere di regolare e amministrare i beni assoggettati all'uso della collettività. Si escludeva, quindi, la sussistenza di qualunque facoltà di disposizione o di godimento connaturata al diritto di proprietà, rappresentando l'ente pubblico gli interessi generali della società, interamente appagati dall'impiego da parte di tutti del bene¹⁶.

Per altra corrente dottrinale doveva, invece, parlarsi di *proprietà destinata all'uso pubblico*, non riscontrandosi alcuna inconciliabilità tra la proprietà e l'uso comune, potendo lo Stato godere di tutte le utilità ritraibili dal bene non in contrasto con la sua destinazione all'uso pubblico.¹⁷

Quanto alla posizione dei singoli, non era chiaramente delineata la situazione soggettiva agli stessi attribuibile. La problematica era stata affrontata in relazione all'eventuale azione risarcitoria spettante ai proprietari frontisti per la modifica apportata dall'amministrazione alla disposizione di vie e piazze pubbliche, che aveva indotto taluno a qualificare la loro posizione come interesse certo e determinato al pari di tutti gli utenti ed altri a considerarlo un interesse di mero fatto, salvo il tentativo di differenziarlo in qualche modo dall'interesse facente capo alla generalità degli utenti, mediante la distinzione tra l'interesse pubblico primario e l'interesse dei singoli riflesso e secondario¹⁸. Si giungeva, tuttavia, a negare la configurabilità di un'azione a fronte di atti amministrativi, circoscrivendo la legittimazione attiva all'ipotesi di comportamento illecito di terzi o della pubblica amministrazione.

Le pretese dei singoli all'uso pubblico dei beni demaniali venivano ricondotte alla figura dei *diritti soggettivi pubblici*, per loro natura variabili al mutare delle esigenze dell'interesse pubblico, connotati dall'essere relativi, limitati e condizionati alle necessità dell'interesse generale¹⁹.

¹⁶ Cfr. Persico F., *Principi di diritto amministrativo*, II, Napoli, 1874, 17.

¹⁷ Cfr. Meucci L., *Op. cit.*, 334.

¹⁸ Ci si riferisce alla tesi di Meucci L., *Op. cit.*, 396.

¹⁹ Cammeo F., *Demanio*, in *Digesto Italiano*, IX, Torino, 1887-1898, 903 e ss.

Si giungeva così ad un esito paradossale, la cui contraddittorietà sembrava sfuggire agli autori del tempo: stabilita la destinazione all'uso pubblico come postulato intangibile dalla stessa legge, si finiva per riconoscere all'amministrazione un potere sostanzialmente libero e svincolato da qualunque controllo di regolare l'uso dei beni, mentre si continuava a negare in linea di principio qualunque legittimazione all'istituto concessorio, presente nel diritto positivo.

Con l'introduzione ad opera del regolamento di contabilità di Stato del 1885 della categoria dei beni patrimoniali indisponibili, una parte della dottrina ritenne di poter dirimere il contrasto inerente alla riconducibilità o meno al demanio dei beni destinati a pubblico servizio, facendo confluire tali beni nell'alveo dei beni patrimoniali indisponibili, limitando l'estensione del demanio ai beni necessariamente destinati all'uso pubblico²⁰. Nel demanio l'uso pubblico discendeva, quindi, sempre dalla natura dei beni, mentre nel patrimonio indisponibile la destinazione originava dall'assegnazione arbitraria della legge o del governo ad un dato fine²¹.

Il carattere della non redditività proprio dei beni demaniali, che sembrava posto in dubbio dal risvolto patrimoniale dell'impiego di beni destinati a pubblici servizi come le strade ferrate o i canali navigabili, veniva confermato riconducendo tali beni al patrimonio indisponibile²².

L'evoluzione del diritto positivo, che era ormai orientato a favorire e sostenere lo sviluppo industriale, ammettendo forme d'uso individuali dei beni demaniali rispondenti ad interessi economici dei beneficiari²³, poneva la dottrina di matrice liberale di fronte alla necessità di abbandonare la pregiudiziale preclusione verso la concessione, tentando di ricavare all'interno della teoria dei beni pubblici uno spazio per l'istituto²⁴.

²⁰ Ranelletti O., *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico*, in *Giurisprudenza italiana*, 1897, IV, 335.

²¹ Giorgi G., *La dottrina delle persone giuridiche*, Firenze, 1891, II, 235 e ss.

²² Giorgi G., *ibidem*.

²³ Nella seconda fase della legislazione dello Stato unitario collocabile nella seconda metà degli anni 80 del 1800 si assiste infatti ad una svolta verso il protezionismo ed il sostegno statale all'industrializzazione, in corrispondenza alla caduta della Destra storica ed in sintonia con la tendenza riscontrabile in Europa a giustificare un maggiore intervento in economia. Cfr. Tonoletti B., *Op. cit.*, 27 e ss. e per il rapporto tra l'evoluzione legislativa ed il faticoso adattamento dottrinale alla stessa 144 e ss.

²⁴ Cfr. Tonoletti B., *Op. cit.*, 143.

Si cercava, così, di individuare la causa determinante la volontà dell'amministrazione nell'assentire la concessione non nel canone, ma nel desiderio e nell'obbligo di *tutelare e promuovere l'utile pubblico*.²⁵

Dinanzi al dato ormai innegabile della presenza di mezzi particolari di uso, assentiti con concessione ed a fronte del pagamento di un canone, li si qualificava come usi straordinari, che non scalfivano il principio della libera disposizione, in quanto tutti i cittadini si trovavano in uguali condizioni per ottenere la concessione, né il principio della gratuità, in quanto il compenso richiesto non rappresentava il corrispettivo di una vendita o di una locazione, ma una tassa²⁶.

Risultava, tuttavia, evidente come fosse destinato al fallimento lo sforzo di ricondurre l'uso particolare proprio della concessione all'uso generale ritenuto carattere ineludibile dei beni demaniali.

In parallelo allo spostamento dalla sfera di influenza francese a quella tedesca in campo politico ed economico, in ambito dottrinale si assisteva ad un avvicinamento alla teoria tedesca della *proprietà pubblica* di Otto Mayer.

Per Mayer la destinazione propria delle cose pubbliche non doveva essere identificata con l'uso pubblico, ma con il *servire all'interesse pubblico*, ossia all'interesse che rappresentava lo scopo dell'attività dell'amministrazione. Lo Stato era titolare sui beni demaniali di un diritto di proprietà di natura pubblica e la destinazione all'uso pubblico trovava nell'uso comune, a cui chiunque poteva concorrere senza impedire l'uso degli altri, solo una delle possibili modalità di realizzazione dell'interesse pubblico.

Lo Stato, quale titolare della proprietà pubblica, aveva il diritto di regolare ed il dovere di assicurare l'uso pubblico in conformità alla destinazione, costituendo la proprietà pubblica uno strumento dell'uso pubblico. La difesa della proprietà pubblica rappresentava, tuttavia, una responsabilità solo politica dello Stato, non di natura civile, non potendo riconoscersi agli utenti un diritto individuale dinanzi all'obbligo del proprietario di garantire l'uso pubblico²⁷.

Ne discendeva che, rappresentando l'uso pubblico solo una delle modalità della proprietà pubblica, tale impiego poteva cedere il passo ad altre esigenze di

²⁵ Cammeo F., *Voce cit.*, 911

²⁶ Cammeo F., *Voce cit.*, 860.

²⁷ Mayer O., *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, 1896, § 35 e 39, cfr. Tonoletti B., *Op. cit.*, 145 e ss.

interesse pubblico discrezionalmente valutate dall'amministrazione. L'uso privilegiato non limitava la proprietà pubblica, ma unicamente l'uso pubblico, non costituiva, quindi, un atto di disposizione, ma l'adempimento del compito di regolare l'uso dei beni.

La dottrina italiana impiegava la costruzione della proprietà pubblica di Mayer per riformulare la teoria tradizionale dei beni pubblici, ma con argomentazioni che ne mutavano profondamente il senso.

Combinando la teoria organicistica dello Stato e delle sue funzioni- in base alla quale di fronte allo Stato quale termine finale delle sue azioni vi era il popolo, inteso come unità organica, che si attuava nello Stato e per mezzo dello Stato- con la teoria economica neoclassica, si affermava che la soddisfazione dei bisogni collettivi si realizzava mediante la produzione di beni, distinti in beni diretti, complementari e strumentali²⁸.

L'attività dello Stato andava distinta in attività giuridica ed attività sociale, mediante la quale lo Stato soddisfaceva immediatamente e direttamente i bisogni della società con cose materiali. I beni demaniali dovevano, quindi, essere destinati all'uso diretto ed immediato di quei singoli componenti la collettività, che avvertivano quel dato bisogno.

Lo Stato, quale entità politica che offre ai singoli un bene di consumo immediato, svolgeva una funzione di produzione diretta di utilità collettive. I beni demaniali erano beni per mezzo dei quali lo Stato tendeva a promuovere il benessere e la cultura del popolo: il punto focale si spostava, quindi, dalla loro definizione alla valorizzazione del ruolo promozionale svolto dallo Stato.

Si distinguevano i beni demaniali, quali beni di primo grado per una data collettività e destinati all'uso pubblico dei singoli associati, dai beni patrimoniali, in cui erano ricompresi tutti i beni strumentali per la collettività.

In questa nuova prospettiva la destinazione presupponeva un atto di volontà, non discendeva dalla natura, ma dal fatto della società o dell'autorità.

Ne derivava un concetto di demanialità fisso, rappresentando l'effetto del rapporto tra i beni e la collettività, ma con un'estensione variabile al mutare dei bisogni, in una corrispondenza biunivoca tra l'aumento dell'attività sociale e l'ampliarsi del demanio pubblico.

²⁸ Si tratta della teoria di Ranalletti O., *Art. cit.*, 325 e ss.

L'aggettivazione "*pubblico*" cessava di esser riferita all'uso, rinviando al carattere collettivo dei *bisogni*.

Il bisogno dei singoli in quanto associati poteva essere soddisfatto anche dall'uso diretto ed immediato soltanto di pochi o anche di uno soltanto e se nella teoria classica si aveva uno stesso uso da parte di una pluralità di soggetti, si ammetteva ora che il novero degli utilizzatori potesse ridursi fino all'unità e l'unico tipo di uso veniva sostituito da una pluralità di usi ammissibili.

La concessione diveniva, così, lo strumento necessario all'attuazione della destinazione del bene demaniale, ove la natura del bene o dell'uso lo richiedessero.

Si cercava di salvaguardare la teoria classica, coniugandola con il nuovo volto del diritto amministrativo che stava affiorando alla fine del 1800.

La teoria tradizionale aveva negato la sussistenza di un diritto di proprietà dello Stato e degli enti territoriali sui beni demaniali, il cui godimento era riservato ai singoli componenti della collettività, spettando all'amministrazione pubblica soltanto un potere di conservazione e di polizia, quale esplicazione della sovranità. Aveva, tuttavia, relegato le posizioni dei singoli ad interessi di mero fatto, correlando l'uso pubblico all'esercizio del potere di moderazione da parte dell'autorità.

Si tentava di superare questa dicotomia attraverso il ricorso contemporaneo allo *schema germanico*, che considerava gli enti pubblici come immanenti alla collettività (organicismo), ed allo *schema di origine romanistica*, che li considerava trascendenti rispetto ad essa (individualismo).

Lo schema romanistico era in grado di spiegare i rapporti aventi ad oggetto usi a titolo particolare dei beni demaniali.

Lo schema germanico offriva, invece, una spiegazione del rapporto che gli enti pubblici hanno con i membri della collettività in relazione all'uso pubblico del bene demaniale. I singoli usano del bene come membri della collettività e mediante il rapporto di immedesimazione l'ente pubblico gode dei beni stessi.

Si rivelava in tal modo la natura della posizione soggettiva dei singoli rispetto all'uso comune demaniale come diritto corporativo, a fronte del quale vi era un diritto assoluto dell'ente a far cessare o a limitare tali facoltà, potendosi solo configurare l'obbligo di trattare ogni associato in modo perfettamente uguale all'altro.

L'attribuzione all'amministrazione di poteri di regolazione dell'uso del bene, che rappresentava il fondamento della concessione a titolo particolare, trovava in tal modo giustificazione nell'applicazione dello schema organicistico.

Nelle concessioni lo schema germanico si combinava, tuttavia, con lo schema romanistico di matrice individualistica, consentendo di scindere la posizione soggettiva del concessionario da quella degli altri consociati, qualificandola come diritto subiettivo.

La possibilità di richiedere la concessione rappresentava, invece, un semplice interesse, spettante ai singoli non in quanto individui, ma come membri della collettività, secondo lo schema organicistico²⁹.

4. La gestione diretta di attività economiche da parte dello Stato e l'abbandono della teoria classica dei beni demaniali

Fino alla fine del 1800 era prevalsa l'idea che le attività produttive dovessero essere esercitate dai privati, anche se si era manifestata la tendenza legislativa a favorirne lo sviluppo.

Agli inizi del 1900 si verificava un mutamento di rotta, grazie all'affermarsi di un orientamento politico particolarmente favorevole all'intervento diretto dello Stato in economia anche per il perseguimento di fini sociali³⁰.

Si assisteva ad un evolversi del servizio pubblico, che non rappresentava più soltanto la giustificazione della riserva allo Stato a titolo di privativa di un'attività, il cui esercizio veniva concesso all'industria privata (come nel caso delle ferrovie), ma costituiva il fondamento per la *gestione pubblica diretta di attività produttive*, come nel caso delle municipalizzazioni consacrate dalla legge del n. 103 del 1903.

Per quanto attiene più propriamente al demanio marittimo nello stesso anno veniva varata la legge n. 50, che istituiva il *Consorzio autonomo del porto di Genova*.

²⁹ Ranelletti O., *Art. cit.*, 364 e ss. L'A. distingue, peraltro, la concessione nel caso dell'uso individuale attuativo della destinazione, in cui le facoltà dei singoli sono nella funzione stessa del bene (come nell'ipotesi di concessione di derivazione delle acque pubbliche), dal caso dell'uso speciale in cui le facoltà d'uso sono eccezionali di fronte alla funzione del bene e, quindi, ad essa contrapposte. In entrambe le tipologie di concessione la situazione soggettiva creata dal rilascio della concessione è, tuttavia, identica.

³⁰ Cfr. Castronovo V., *Op. cit.*, 107 e ss.; Tonoletti B., *Op. cit.*, 35 e ss.

Agli inizi del 1900 la disciplina in materia portuale era ancora rinvenibile nel codice della marina mercantile e nella legislazione sulle opere portuali, confluita nel testo unico approvato con r.d. 3095/1885. Ne emergeva un modello portuale in cui all'amministrazione, oltre alla realizzazione ed alla manutenzione delle opere pubbliche, risultavano affidati solo compiti di regolamentazione e di polizia degli usi, mentre le operazioni portuali risultavano attribuite interamente all'iniziativa privata, in assenza di una direzione unitaria o di un coordinamento delle attività portuali connesse alla movimentazione delle merci ed al transito dei passeggeri.

Il modello si era mostrato adeguato alle esigenze proprie della navigazione a vela, caratterizzate da un'estrema semplicità delle operazioni di carico e scarico merci, sostanzialmente incentrate sull'applicazione della clausola per cui le merci andavano consegnate e riconsegnate nel punto in cui il paranco³¹ poteva accoglierle o depositarle.

Sul finire del secolo l'aumento esponenziale dei traffici marittimi e l'affermarsi della navigazione a vapore aveva ingenerato la prassi di scaricare le merci su chiatte o sulla banchina, affidando ad un raccomandatario il compito di provvedere alla consegna.

Tale attività di intermediazione venne assunta da imprese stabili, che si specializzarono nella consegna e riconsegna delle merci, portando all'affermazione della clausola per cui il capitano era liberato dalla responsabilità per eventuali danni al carico, ove dimostrasse di averlo consegnato ad un'impresa.

All'inizio del secolo negli scali internazionali si erano, inoltre, formati corpi di lavoratori portuali stabili, che unitamente allo svilupparsi delle imprese di intermediazione rendevano necessaria una revisione del modello portuale di stampo liberale³².

Con la legge 50/1903 venne istituito il Consorzio autonomo per il porto di Genova, al quale venne affidata la gestione complessiva del porto di Genova, che rappresentava il maggior scalo commerciale del Paese.

³¹ Il paranco è un sistema composto di due o più carrucole (di cui una fissa e le altre mobili) e di una corda passante per esse; serve per sollevare pesi e può essere semplice o doppio, oltre che differenziale, permettendo in tal caso al peso di rimanere sollevato all'altezza che si desidera.

³² Cfr. Tonoletti B., *Op. cit., ibidem*

Il Consorzio era costituito dallo Stato, dai Comuni e dalle province interessate, dalle Camere di Commercio di Genova, Milano e Torino e da delegati degli operai addetti ai lavori ed ai servizi del porto e gli veniva attribuito il compito di provvedere con gli speciali fondi attribuitigli all'*esecuzione delle opere*, alla *gestione* ed al *coordinamento dei servizi nel porto* di Genova. Al Consorzio spettava, inoltre, l'esecuzione, la manutenzione e la riparazione delle opere portuali ordinarie e straordinarie, nonché il coordinamento ed il miglioramento degli altri servizi svolgentesi nel porto. Si stabiliva che il Consorzio dovesse anche regolare e disciplinare ogni genere di prestazione dell'opera personale offerta dagli addetti ai lavori ed ai servizi nel porto, evidentemente anche al fine di risolvere le lotte sindacali, che avevano visto contrapporsi i lavoratori portuali alle imprese di intermediazione.

La legge conferiva, quindi, al Consorzio un compito di coordinamento e miglioramento, non di gestione diretta delle attività portuali, ma il nuovo ente non si limitò a rendere obbligatori i servizi di pilotaggio e di rimorchio, estendendo il *servizio obbligatorio in esclusiva* sia all'*uso delle maestranze portuali*, sia allo *sbarco* ed all'*imbarco delle merci* per il tramite di impresa intermediaria.

Ne discese un modello portuale completamente innovativo, connotato dalla programmazione stabile delle opere, dalla direzione unitaria di tutte le attività portuali e dalla concessione in esclusiva dello svolgimento delle operazioni portuali ad un numero limitato di lavoratori ed imprese con contestuale fissazione autoritativa delle tariffe e previsione dell'obbligatorietà del servizio. L'esclusiva in materia di lavori e di operazioni portuali era priva di un fondamento normativo, ma venne avallata dal Consiglio di Stato con la pronuncia del 31 dicembre del 1906, riconducendo le operazioni portuali alla figura del servizio pubblico³³.

La dottrina nel periodo compreso tra l'inizio del 1900 e l'approvazione del nuovo codice civile mostra una certa difficoltà ad adeguarsi al mutamento di indirizzo politico, connotato dall'intervento diretto dello Stato in economia e dalla centralità del servizio pubblico.

³³ Consiglio di Stato, sez. IV, 31 dicembre 1906, *Bodoano e altri c. Consorzio autonomo del Porto di Genova*, in *Foro Italiano*, 1907, III, 17 e ss.

La teoria tradizionale della demanialità come destinazione all'uso pubblico mostrava tutta la sua fragilità di fronte ad una realtà che si muoveva in una direzione diametralmente opposta, privando di centralità l'uso pubblico libero e gratuito che aveva costituito il punto focale dell'elaborazione dottrinale ottocentesca in materia di beni pubblici.

In un commento alla sentenza del Consiglio di Stato sul porto di Genova si registrava l'ultima adesione alla teoria tradizionale³⁴, salvaguardata sostenendo che il bene sottratto all'uso pubblico e destinato al pubblico servizio non è più un bene demaniale, ma appartiene al patrimonio. Non si negava, quindi, la possibilità di destinare un bene demaniale al pubblico servizio, limitandosi ad affermare in tale ipotesi la cessazione della demanialità.

In tal modo la teoria liberale appariva svuotata di ogni significato, perdendo la sua ragion d'essere, che era rappresentata dal revocare in dubbio la legittimità di qualunque arbitraria incidenza del potere pubblico sulla destinazione naturale della cosa all'uso pubblico³⁵.

Volgeva ormai al tramonto la teoria dell'uso pubblico e la teoria della proprietà pubblica di Mayer si affermava in modo autonomo senza essere più incorporata come un corpo estraneo nella tesi tradizionale.

Acquisiva centralità il ruolo della pubblica amministrazione nella gestione di beni pubblici ed il loro carattere pubblico veniva ricondotto non più alla destinazione all'uso da parte della collettività, ma alla *sottoposizione* ad un *potere giuridico di diritto pubblico*³⁶.

Per la distinzione tra beni demaniali e beni patrimoniali indisponibili ci si riferiva ancora alla distinzione tra uso diretto ed indiretto, ma per giungere ad affermare che cosa pubblica è soltanto quella che forma immediatamente oggetto di pubblica amministrazione (come le vie che appartengono agli enti amministrativi che vi esplicano i loro poteri, essendo la viabilità uno dei rami

³⁴ Ci si riferisce al commento di Raggi L., *Facoltà regolamentari relativamente all'uso di cose patrimoniali dell'amministrazione*, in *Foro Italiano*, 1907, 117 e ss.

³⁵ Tonoletti B., *Op. cit.*, 171. Per una sintetica ricostruzione dell'evoluzione dottrinale sui beni pubblici cfr. anche Xerri A., *Art. cit.*, 401 e ss., che la suddivide in tre fasi, la prima compresa tra l'opera interpretativa del Codice napoleonico fino alla fine del 1800, connotata dall'impiego di metodologie ancora derivate dal diritto romano, la seconda che copre la prima parte del 1900, caratterizzata da un forte riferimento agli schemi del diritto pubblico e divisa tra l'impiego di un criterio soggettivo e di un criterio oggettivo e la terza, collocabile dopo l'entrata in vigore del codice civile del 1942 in cui si registra l'impossibilità di addivenire ad una concezione unitaria di demanialità.

³⁶ Cfr. Romano S., *Principi di diritto amministrativo*, III ed., Milano, 1912, 433 e ss.

della loro attività), mentre non lo è la cosa su cui si esercita una signoria che è solo mezzo rispetto ai fini amministrativi veri e propri (come la sede di un ministero che serve allo Stato come semplice mezzo per esercitare i suoi uffici).

La demanialità veniva fatta discendere dalla *destinazione* non più all'uso pubblico, ma *al fine di pubblica amministrazione* e l'uso pubblico dei beni demaniali diveniva lo scopo amministrativo che li caratterizza.

L'uso pubblico è l'uso ordinario che caratterizza le cose pubbliche, mentre ogni altro uso si connota come straordinario.

La *concessione* veniva definita come strumento che *deroga alla destinazione* dei beni pubblici, riacquistando un carattere di specialità, che la dottrina immediatamente precedente aveva cercato di negare includendola in un ampio concetto di destinazione, ma senza più revocarne in dubbio la legittimità.

Quanto al rapporto di appartenenza dei beni pubblici all'amministrazione, si riconosceva che la proprietà rappresentava un concetto generale, ma che si atteggiava diversamente a seconda del soggetto titolare del bene in relazione agli altri soggetti, qualificandosi in tal modo come pubblica la proprietà sui beni demaniali, in quanto gli enti che li posseggono nei loro rapporti giuridici vengono in contatto con le altre persone non come uguali, ma come superiori.

Quanto all'indisponibilità dei beni demaniali, si affermava la loro sottrazione alle norme esclusive del diritto privato, ritenendosi precluso solo il commercio come inteso dal diritto privato, non ogni commercio. Risultava possibile in altri termini stabilire sul bene demaniale diritti dei privati, ma solo con le forme e l'efficacia consentite dal diritto amministrativo mediante autorizzazioni, concessioni o altri strumenti simili.

La concessione costituiva, pertanto, esercizio del potere di disporre liberamente della cosa, facendone commercio in senso ampio coi terzi, non attuava la destinazione del bene pubblico, ma consentiva di derogarvi.

Non veniva affrontata la questione delle concessioni che rappresentassero attuazione della destinazione del bene, come per le derivazioni di acque pubbliche, né si esaminava il rapporto tra potere di regolazione dell'uso generale e potere di disposizione della cosa mediante concessioni di uso eccezionale al fine di chiarire se ed in quali limiti l'amministrazione potesse

incidere sulla destinazione, comprimendola per lasciare spazio alla concessione di uso eccezionale con essa incompatibile³⁷.

Verso la metà degli anni venti si registrava un ulteriore allontanamento dalla tesi tradizionale, incentrato sul ripudio di concetti economici e sul riferimento rigoroso alle norme di diritto positivo relative a ciascuna categoria di beni da cui trarre gli elementi per ascrivere o meno un bene al demanio³⁸.

La qualificazione della proprietà demaniale come di diritto pubblico veniva fatta discendere dal contenuto pubblicistico dei rapporti tra l'ente titolare ed i terzi, che si estrinsecava nell'esercizio delle funzioni di polizia e di tutela amministrativa.

Si riteneva che la *proprietà pubblica* nel suo lato interno non si differenziasse dalla proprietà privata, mentre nel *lato esterno*, ossia nei rapporti con i soggetti terzi, risiedeva la ragione della sua pubblicità.

La demanialità non veniva più definita in rapporto alla sua destinazione agli usi, ma in relazione alla *condizione giuridico formale dei beni* in essa ricompresi, eliminando la rilevanza teorica della problematica a lungo dibattuta della destinazione e degli usi e con essa della questione dell'ammissibilità o meno della concessione, quale strumento derogatorio alla destinazione del bene in virtù di scelte discrezionali della pubblica amministrazione³⁹.

Negli anni trenta si assisteva ad un ulteriore evolversi e radicalizzarsi della teoria della proprietà pubblica. Veniva accentuato il nesso di strumentalità diretta ed esclusiva tra il bene pubblico ed i fini della pubblica amministrazione, non più concepiti come funzionali alla realizzazione di interessi generali o della collettività, ma come correlati ad interessi propri dell'ente titolare del bene, potendo tutte le scelte compiute sull'uso dei beni essere ricondotte al potere di disposizione spettante all'ente in quanto proprietario.

³⁷ Si mostra critico in tal senso Tonoletti B., *Op. cit.*, 177.

³⁸ Zanobini G., *Il concetto della proprietà pubblica e i requisiti giuridici della demanialità*, in *Studi senesi*, 1923, ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 165 e ss.

³⁹ Cfr. Tonoletti B., *Op. cit.*, 183. Cfr. anche Xerri A., *Art. cit.*, 401. L'A. non sembra condividere tale ricostruzione della teoria di Zanobini, ritenendo tale autore ancora legato ad una concezione del bene demaniale ancorata alla destinazione ad un diritto d'uso pubblico, citando al riguardo Zanobini G., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, 10.

Presupposto della demanialità veniva considerata la necessarietà in senso assoluto del bene rispetto alla funzione dell'ente, nel senso che il venir meno del bene precludesse la possibilità di esercitare la funzione.

Si giungeva, quindi, a definire il bene demaniale come *bene immobile, appartenente ad un ente pubblico territoriale, e necessario ad una funzione esclusiva dell'ente stesso, che ad essa lo abbia destinato*⁴⁰.

La *destinazione* del bene riacquisiva centralità, ma solo per il tramite dell'esercizio di una funzione amministrativa e quindi in un'ottica diversa rispetto a quella propria della teoria tradizionale, avendo ad *oggetto* non l'uso, ma *l'esercizio di una funzione esclusiva dell'amministrazione*.

Si riteneva che la demanialità sorgesse sempre in via generale per tutti i beni della medesima specie e trovasse fonte costitutiva solo in un atto materialmente legislativo, mentre l'atto dell'amministrazione, avente natura dichiarativa, poteva unicamente attuare la destinazione legislativa, concretandola in relazione ai singoli beni rientranti nella specie.

Si reputava necessaria per l'uso dei singoli la mediazione della pubblica amministrazione e si aderiva ad una tripartizione degli usi in uso ordinario generale, ordinario speciale ed eccezionale.

L'*uso comune*, conforme alla generale destinazione e potenzialmente uguale per tutti, non necessitava per esplicarsi di un atto amministrativo speciale.

La posizione dei singoli rispetto all'uso comune aveva, tuttavia, natura duplice in correlazione ai due momenti in cui si articolava la funzione pubblica: l'apertura del bene all'uso pubblico in relazione alla quale non si riconosceva alcuna tutela giuridica, configurandosi la posizione dei singoli come interesse semplice ed il momento successivo dell'esplicarsi della funzione pubblica di garanzia dell'uso del bene, in rapporto alla quale si attribuiva ai singoli un vero e proprio diritto soggettivo giuridicamente tutelato.

L'*uso eccezionale*, contrapposto all'uso comune e costituente una deroga alla destinazione normale, richiedeva per la sua costituzione a favore di un determinato soggetto un atto speciale di *concessione*, mediante il quale una parte del bene (o talvolta tutto il bene) veniva sottratta alla produzione diretta di utilità per la collettività per essere destinata all'utilità individuale di un soggetto determinato.

⁴⁰ La tesi da ultimo esposta appartiene a Guicciardi E., *Il demanio*, Padova, 1934, 12 e ss.

L'interesse individuale, alla cui realizzazione era rivolto l'uso eccezionale, era considerato complementare rispetto all'uso pubblico, soddisfatto dall'uso comune.

Si riteneva, conseguentemente, possibile l'uso eccezionale del bene, solo in quanto l'uso comune lasciasse, una volta soddisfatto l'interesse pubblico corrispondente, ancora un margine di utilizzazione del bene.

Il rilascio delle concessioni si connotava, quindi, per la sua discrezionalità, legata alla dipendenza dall'interesse pubblico corrispondente alla generale destinazione dei beni ed all'eventuale correlazione con altri interessi pubblici, che si manifestassero in relazione agli stessi beni. Si ammetteva, inoltre, in ogni momento la revoca, in quanto l'interesse pubblico sempre prevalente poteva mutare nel tempo, legittimando la pretesa dell'amministrazione a restringere i limiti della concessione senza che residuasse alcuna possibilità per il concessionario di richiedere un indennizzo.

Al canone veniva riconosciuta la duplice natura di riconoscimento del diritto di proprietà dell'ente pubblico e di corrispettivo per il godimento del bene.

5. La disciplina del Codice della Navigazione in materia di concessioni del demanio marittimo, l'introduzione del principio di nominatività con il codice civile del 1942 e l'avvento di un nuovo ordine costituzionale

Il codice della navigazione del 1942 appare caratterizzato dalla funzionalizzazione all'interesse pubblico delle attività dei soggetti privati operanti nel settore e da un alto grado di ingerenza del potere amministrativo sui soggetti interessati alla navigazione marittima e sui beni relativi con una significativa presenza della pubblica amministrazione nella titolarità e/o nell'utilizzazione dei beni e delle risorse relative alla navigazione marittima o ad essa funzionali⁴¹.

Con il Codice della Navigazione vengono disciplinate le concessioni del demanio marittimo, enfatizzando il potere di scelta dell'amministrazione, prevedendo all'art. 36 che, *compatibilmente con le esigenze del pubblico uso*, la stessa possa concedere l'occupazione e l'uso anche esclusivo di beni demaniali e di zone del mare territoriale per un determinato periodo di tempo.

⁴¹ Carbone S.M., *La c.d. privatizzazione dei porti e delle attività portuali in Italia tra disciplina nazionale e diritto comunitario*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2001, 01, 1 e ss.

Nel regolamento si prevede anche l'eventuale obbligatorietà della *pubblicazione della domanda* con una formula elastica, che si riferisce genericamente alle *concessioni di particolare importanza per l'entità e per lo scopo*.

Per l'ipotesi di proposizione di una pluralità di domande si indica quale criterio di preferenza l'offerta da parte del richiedente di *maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione* e un *uso programmato* che risponda ad un *più rilevante interesse pubblico* (art. 18 del Reg. della nav.).

Risulta evidente l'ampio margine di discrezionalità lasciato all'amministrazione, sia nella valutazione della compatibilità della concessione con il pubblico uso, sia in ordine alla considerazione della ricorrenza o meno dell'obbligo di pubblicazione, sia in relazione alla scelta del concessionario.

Quanto alla gestione dei porti e delle operazioni portuali, il codice della navigazione consacrava il modello inaugurato con il Consorzio Autonomo del porto di Genova, prevedendo all'art. 110 che le maestranze addette alle operazioni portuali fossero costituite in compagnie o in gruppi e statuendo in loro favore una riserva per l'esecuzione delle operazioni portuali.

L'art. 111 stabiliva che l'esercizio da parte di terzi di operazioni portuali fosse soggetto a concessione con potere dell'autorità competente di determinare il numero massimo delle imprese in relazione alle esigenze del traffico, ponendo l'obbligo per le imprese concessionarie di avvalersi per l'esecuzione delle operazioni portuali esclusivamente delle maestranze costituite nelle compagnie e nei gruppi⁴².

Con il codice civile del 1942 viene introdotto il principio di nominatività dei beni demaniali, mentre l'avvento della Costituzione modifica profondamente il concetto di proprietà, attribuendole una funzione sociale.

In realtà nel nuovo ordine costituzionale le discipline dei beni pubblici rimangono sostanzialmente immutate, ma nel nuovo contesto politico-istituzionale ne muta il significato.

⁴² Cfr. per la disciplina dei porti e delle attività portuali Zunarelli S., *I servizi portuali di interesse generale nella disciplina della legge 84 del 1994*, in *Studi marittimi*, 1995, 27 e ss. Pericu G., *Porto (navigazione marittima)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, Milano 1985, 424 e ss.; Piga F., *L'ordinamento giuridico dei porti*, in *Rivista di diritto della navigazione*, 1965, I, 64 e ss.; Xerri Salamone A., *L'ordinamento giuridico dei porti italiani*, Milano, 1998; Pescatore G., *Natura giuridica delle attività delle c.d. imprese portuali*, in *Rivista di diritto della navigazione*, 1943- 1948, II, 160 e ss.; Acquarone L., *Aspetti pubblicistici della disciplina delle imprese portuali*, in *Rivista di diritto della navigazione*, 1967, I, 3 e ss.

Il lungo periodo che va dagli anni della ricostruzione, del boom economico, dell'espansione dello Stato sociale allo shock petrolifero ed alla crisi della finanza pubblica degli anni ottanta appare caratterizzato dall'adozione di un modello di intervento diretto in economia basato sull'impresa pubblica.

La pubblicizzazione dei concessionari, pur seguendo percorsi diversi per i vari settori, presenta un dato comune, rappresentato dalla commistione tra profili pubblicistici di regolazione e profili privatistici di gestione⁴³.

Tale compenetrazione tra i due profili appare particolarmente evidente nell'evoluzione della gestione dei porti.

A partire dagli anni cinquanta numerosi leggi speciali conferirono la gestione di un intero porto o di determinate attività all'interno di un certo porto ad enti pubblici.

Si assisteva, così, ad un profondo mutamento del ruolo degli enti portuali, nati per concentrare in sé varie competenze ministeriali al fine di garantire l'ordinato funzionamento dei porti e l'avvicinamento del momento decisionale agli enti locali, con denominazioni diverse nei vari porti (Consorzio Autonomo per i porti di Genova, Civitavecchia e Napoli; Ente autonomo per Savona, Trieste e Palermo; Provveditorato per Venezia).

Tali enti pubblici erano soggetti agli obblighi di cui alla legge sulla contabilità di Stato e legittimati ad adottare provvedimenti amministrativi in conformità delle direttive ministeriali e con soggezione ai relativi controlli.

Nella logica propria del Codice della Navigazione gli enti portuali non avrebbero dovuto gestire attività economiche o un'impresa, ma unicamente disciplinare e controllare attività ed imprese esercitate da altri soggetti in ambito portuale, ma le specifiche leggi istitutive di tali enti, spesso antecedenti al codice, ne estendevano l'attività, ricomprendendovi la gestione diretta di alcune attività portuali ed in particolare delle operazioni portuali.

Tali enti, svolgendo tipiche funzioni amministrative ed esercitando al contempo in modo diretto attività economica, erano classificabili come enti pubblici economici con un evidente profilo di contraddittorietà discendente dalla confluenza in capo ad uno stesso soggetto di ruolo regolamentare ed esercizio di attività imprenditoriale⁴⁴.

⁴³ Cfr. Tonoletti B., *Op. cit.*, 65 e 66, nonché Castronovo V., *Op. cit.*, 417 e ss.

⁴⁴ Cfr. Carbone S.M., *ibidem*

Agli enti di gestione venne attribuita in modo sempre più generalizzato l'esclusiva nello svolgimento di tutte le operazioni portuali anche mediante l'impiego di capacità di diritto privato.

Tali enti pubblici costituirono società per azioni, anche in assenza di un'adeguata copertura nelle leggi istitutive, alle quali venivano affidate dall'autorità amministrativa le attività più remunerative del porto anche con la finalità di finanziare le opere pubbliche in mancanza di adeguati trasferimenti statali.

Tale esito fu possibile attraverso la concentrazione in campo alle società costituite da tali enti delle concessioni inerenti alle operazioni portuali.

Nel lungo arco temporale compreso tra il 1942 e la fine degli anni ottanta del secolo scorso la dottrina italiana vive diverse fasi.

In una prima fase si confronta con l'introduzione ad opera del codice civile del principio di nominatività dei beni demaniali, che rendeva non più necessaria la ricerca di un criterio sostanziale per la loro definizione, dovendo ormai ritenersi pubblici unicamente i beni soggetti ad un regime speciale in virtù di un'espressa previsione normativa.

Le riflessioni inerenti alle utilità ritraibili dai beni pubblici da parte della collettività perdevano la loro centralità, non essendo più il concetto di destinazione all'uso pubblico essenziale per individuare il carattere pubblico dei beni e desumerne il regime legislativo applicabile.

Si verificava in tal modo una scissione tra il profilo inerente alla titolarità del bene e quello relativo alla disciplina degli usi.

All'attenzione per il dato positivo, che diveniva necessariamente il punto focale della riflessione dottrinale, si affiancava un'attenzione per i profili sostanziali in un'ottica nuova, destinata a tener conto del concetto di proprietà emergente dal nuovo quadro costituzionale, connotato dalla funzione sociale e dalla necessità di adeguarsi al nuovo assetto dei rapporti tra cittadini e poteri pubblici⁴⁵.

Non si determinava una netta cesura rispetto alla dottrina precedente, i beni a disposizione dell'amministrazione venivano definiti come mezzi dell'azione amministrativa ed i beni demaniali come *mezzi essenziali*, ma tale connotazione aveva ormai una valenza solo descrittiva, essendo le categorie

⁴⁵ Cfr. Tonoletti B., *Op. cit.*, 203 e ss.

indicate in modo tassativo dal codice civile e potendo, quindi, unicamente discutersi in ordine alla specifica individuazione dei beni da ascrivere alle categorie normativamente delineate⁴⁶.

Il tema della destinazione veniva affrontato non più come funzionale all'individuazione dei beni demaniali, ma in una prospettiva meramente riepilogativa degli usi possibili dei beni demaniali, classificati in tre tipologie: uso comune, uso speciale ed uso eccezionale.

L'*uso comune* è conforme alla generale destinazione del bene ed è riconosciuto indifferentemente a tutti senza necessità di uno specifico atto amministrativo; l'*uso speciale* è anch'esso conforme alla destinazione generale del bene, ma se ne differenzia richiedendo un particolare atto permissivo per rimuovere gli ostacoli che si frappongono al suo esercizio; l'*uso eccezionale* non è, al contrario, conforme alla destinazione del bene ed è reso possibile solo dalla sottrazione del bene all'uso generale in favore di un particolare soggetto in forza di un atto concessorio⁴⁷.

La funzione sociale impressa alla proprietà dall'art. 42 della Costituzione implicava, tuttavia, un *regime speciale della cosa in sé*, che poteva riguardare anche beni di appartenenza privata, ove esplicassero una finalità di interesse pubblico⁴⁸.

Si giungeva, così, all'enucleazione di una nuova categoria: i *beni di interesse pubblico*, che accanto ai beni privati connotati nel senso appena detto, comprendeva anche i beni pubblici, caratterizzati dalla destinazione alla soddisfazione diretta di interessi pubblici e dall'appartenenza ad enti pubblici⁴⁹. Ne discendeva un ampliamento della categoria dei beni pubblici, che ricomprendeva anche i beni patrimoniali indisponibili, la cui distinzione rispetto ai beni demaniali si ricava dal criterio meramente formale desumibile dalla disciplina positiva.

Si rendeva, peraltro, necessaria una revisione sistematica degli usi, che passava per l'abbandono del concetto di destinazione, sostituito da quello di *funzione*

⁴⁶ Ci si riferisce alla teorica elaborata da Sandulli nella sua evoluzione. La classificazione dei beni come mezzi dell'azione amministrativa è chiaramente tributaria della precedente elaborazione dottrinale. Cfr. § 4.

⁴⁷ Sandulli A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, I ed., Napoli, 1952, 266 e ss.

⁴⁸ Sandulli A.M., *Spunti per uno studio dei beni privati di interesse pubblico*, in *Diritto economico*, 1956, 163 e ss.

⁴⁹ Sandulli A.M., *Beni pubblici*, in *Enciclopedia del diritto*, V, Milano, 1959, 3 e ss.

dei beni pubblici e per il ripudio di una concezione monolitica, che identificava nel solo uso comune l'interesse pubblico cui erano funzionali i beni pubblici, potendo al contrario trarsi dall'esame del dato positivo l'esistenza di una *pluralità di fini*.

Non doveva, quindi, stupire che in alcuni casi le cose pubbliche potessero assolvere l'interesse sociale *servendo immediatamente* non la collettività in tutti i suoi componenti, ma *singoli soggetti*⁵⁰.

Non si ricavava, peraltro, dal diritto positivo alcuna base normativa per la gerarchia degli usi che aveva elaborato la dottrina precedente, la tripartizione degli usi in comune, speciale ed eccezionale doveva, quindi, essere lasciare il passo alla distinzione tra *uso diretto*, *uso generale* ed *uso particolare*⁵¹.

I beni pubblici possono, infatti, essere utilizzati direttamente dall'amministrazione o da parte dei singoli, senza che le due opzioni si escludano a vicenda; l'uso da parte dei singoli può, inoltre, aver luogo da parte di tutti indiscriminatamente ovvero da parte di soggetti determinati, senza che anche in tal caso le due ipotesi si pongano come necessariamente alternative. Nessuno di tali usi poteva definirsi primario rispetto agli altri.

La *concessione*, che è l'atto con cui si consentono gli usi particolari, continuava ad essere definita come strumento di attuazione della destinazione dei beni pubblici, ma il concetto di destinazione era stato completamente ripensato e correlato non più all'uso, ma al soddisfacimento di esigenze pubbliche⁵².

In un momento successivo dalla poliedricità del dato positivo si desume l'impossibilità di costruire una teoria unitaria dei *beni pubblici*, che possono essere tali *in senso soggettivo*, in virtù dell'appartenenza ad un ente pubblico in funzione dello svolgimento da parte di quest'ultimo della specifica attività che lo connota come ente pubblico o *in senso oggettivo*, in quanto fornisce un'utilità ad una collettività pubblica.⁵³

Analogamente non esiste un concetto unitario della *proprietà pubblica*, che può essere *collettiva*, *divisa* e *individuale*.

⁵⁰ Sandulli A.M., *ibidem*

⁵¹ Per tale tripartizione degli usi cfr. anche Xerri A., *Per una comune cultura dell'acqua cit.*, 403.

⁵² Sandulli A. M., *Beni pubblici cit.*, 24.

⁵³ Giannini M.S., *I beni pubblici*, Roma 1963, 9 e ss.

Alla *proprietà collettiva* vanno ascritti i beni demaniali d'uso pubblico, come il lido, la spiaggia e gli altri beni del demanio marittimo, che sono affidati in gestione legale ad enti territoriali. Su tali beni coesistono diritti appartenenti all'universalità e poteri autoritativi dell'ente territoriale, ma questi ultimi devono esplicitarsi nel rispetto dei principi che regolano lo Stato di diritto⁵⁴.

La proprietà collettiva deve essere contrapposta non alla proprietà privata, ma alla *proprietà individuale pubblica*, che ricomprende tutti i beni caratterizzati da un vincolo di destinazione, sia patrimoniali indisponibili, sia demaniali⁵⁵.

Si distinguono in tale ambito i beni con *destinazioni aziendali*, ossia funzionali a servizi in senso lato dell'ente pubblico, quali i beni destinati a pubblici servizi o a sedi di pubblici uffici, dai beni con *destinazioni nazionali*, affidati allo Stato affinché siano amministrati nel modo più razionale per gli interessi generali, che presentano punti di contatto con i beni di proprietà collettiva, ma se ne differenziano per l'essere sottratti ad usi della collettività⁵⁶.

L'istituto concessorio non può essere ricostruito in termini unitari, potendo assolvere a funzioni diverse, che consentono di distinguere le *concessioni di produzione*, aventi ad oggetto non il bene pubblico in sé, quale mezzo di produzione, ma la produzione stessa (come le concessioni minerarie o di derivazione di acque pubbliche); le *concessioni di cosa*, in cui oggetto della concessione è il bene, inteso come ambito spaziale dell'attività del concessionario (come le concessioni di beni demaniali marittimi); la *concessione di beni attrezzati*, in cui oggetto della concessione è il bene in quanto idoneo ad attrezzare un servizio reso al pubblico che interessa la stessa amministrazione o che essa gestisce, ossia il bene quale mezzo ad un'impresa di servizi (come le concessioni di aree e di locali all'interno di porti) ed i *contratti di diritto comune*.

La distinzione tra le diverse tipologie di concessione non è fine a se stessa, discendendone differenze di disciplina.

Le concessioni di produzione possono decadere o venir revocate per ragioni tecniche connesse al fine di produzione di beni o servizi, mentre nelle

⁵⁴ Per una disamina dei punti di contatto e delle differenze tra il pensiero di Giannini e la dottrina liberale ottocentesca cfr. Tonoletti b., *Op. cit.*, 216 e 217.

⁵⁵ Per l'analisi del pensiero di Giannini cfr. anche Xerri A., *Per una comune cit.*, 404 e ss.

⁵⁶ Giannini M.S., *Op. cit.*, 58 e ss.

concessioni di cose se il concessionario paga i canoni⁵⁷ ed adempie ad eventuali altri obblighi patrimoniali, l'amministrazione non si ingerisce nel modo in cui egli organizza la propria attività.

Ne discende che mentre le prime sono *intuitu personae*, nelle seconde l'identità e le qualità del soggetto concessionario rilevano solo in negativo ai fini dell'assunzione del rischio, tanto da potere essere cedute a differenza delle prime.

Nelle concessioni di produzione sono individuabili in capo all'amministrazione poteri di controllo e talvolta di direzione, mentre nelle concessioni di beni l'amministrazione non ha alcun potere di intervento⁵⁸.

Altra parte della dottrina si interroga sulla compatibilità dell'uso accordato con la concessione e la riserva costituzionale dei beni demaniali alla proprietà pubblica⁵⁹.

⁵⁷ La tematica dell'aumento dei canoni concessori, dovuto all'approvazione della legge finanziaria per l'anno 2007, e la sua applicazione indifferenziata sia alle concessioni per finalità turistico-ricreativa che a quelle di costruzione e di gestione dei porti turistici ha dato origine ad un diffuso contenzioso giudiziale che esula, in gran parte, dagli scopi e dalle finalità del presente elaborato. La Consulta con la sentenza 22 ottobre 2010, n. 302, (in dottrina cfr. Casalini D., *Valorizzazione, interesse pubblico ed esternalità negative nella struttura dei canoni di concessione demaniale marittima*, in *Foro amm. CDS*, 2011, 5, 1437), ha fatto salva l'applicabilità della disciplina sopravvenuta alle concessioni in corso, almeno con riguardo alle concessioni con finalità turistico ricreativa, sul presupposto che: ««Nel nostro sistema costituzionale non è affatto interdetto al legislatore di emanare disposizioni le quali vengano a modificare in senso sfavorevole per i beneficiari la disciplina dei rapporti di durata, anche se l'oggetto di questi sia costituito da diritti soggettivi perfetti (salvo, ovviamente, in caso di norme retroattive, il limite imposto in materia penale dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione). Unica condizione essenziale è che tali disposizioni non trasmodino in un regolamento irrazionale, frustrando, con riguardo a situazioni sostanziali fondate sulle leggi precedenti, l'affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica, da intendersi quale elemento fondamentale dello stato di diritto» (sentenza n. 264 del 2005; in senso conforme, ex plurimis, sentenze n. 236 e n. 206 del 2009)». La soluzione accolta dalla Consulta non ha persuaso la Giurisprudenza amministrativa che, ricorrendo alla tecnica del *distinguishing* anglosassone, ha nuovamente sollevato dubbi di legittimità costituzionale della disposizione nella misura in cui estende anche alle concessioni di costruzione e di gestione dei porti turistici i nuovi criteri di computo dei canoni (Cfr. Cons. Stato, Ord., 16 maggio 2012, n. 2810, in www.giustizia-amministrativa.it), e nemmeno parte della giurisprudenza di merito che, attraverso un'applicazione assieme letterale e sistematica delle disposizioni rilevanti al caso di specie, arriva ad escludere l'applicabilità delle nuove modalità di determinazione dei canoni alle concessioni di costruzione e di gestione di approdi turistici agli affidamenti in corso (Cfr. Trib. Genova, decisione n. 273/2012, inedita). La stabilità di disciplina della concessione, nell'ambito di un rapporto di durata, costituisce, a tutti gli effetti, una precondizione giuridica a garanzia della libertà del volere nella stipulazione del negozio e non sembra ragionevole condividere l'orientamento finora espresso dalla Consulta.

⁵⁸ Giannini M.S., *Op. cit.*, 115 e ss.

⁵⁹ Cfr. Cassese S., *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano 1969, 206 e ss.; Cassese S., *Legge di riserva e articolo 43 della Costituzione*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1960, 1332. Per l'analisi del pensiero di Cassese cfr. Tonoletti B., *Op. cit.*, 227 e ss, nonché Xerri A., *Per una comune cit.*, 404 e 405.

I beni pubblici sono beni riservati, sancendone la legge l'inappropriabilità da parte dei privati, ma dato che la Costituzione garantisce l'appropriazione privata dei beni, si deve rinvenire un fondamento costituzionale per tale riserva. In tal senso va letto l'art. 42 della Costituzione, laddove prevede che la legge determini i modi di acquisto e i limiti della proprietà privata al fine di renderla accessibile a tutti.

E' proprio il fine di rendere la proprietà accessibile a tutti che giustifica la riserva, ma c'è solo un tipo di proprietà pubblica che soddisfa tale requisito: la proprietà collettiva.

Se ne desume la centralità costituzionale dei beni destinati all'uso pubblico, che ripropone in una nuova prospettiva la problematica dell'ammissibilità di usi a titolo particolare su questo genere di beni, in quanto il principio costituzionale di uguaglianza e la finalità della riserva comportano che essa non può operare a favore di un privato ed a danno di tutti gli altri⁶⁰.

Gli *usi eccezionali* rappresentano una deroga rispetto alla regola che i beni sottoposti a riserva devono essere accessibili a tutti, ne discende la necessità di circoscriverne l'ambito operativo, chiarendo come l'effetto della concessione sia attribuire al beneficiario il diritto di godere di alcune utilità del bene, potendo la stessa avere ad oggetto soltanto certe utilizzazioni del bene, oltre cui il concessionario non può andare⁶¹.

Altra parte della dottrina individua il vero nodo problematico non tanto nel possibile conflitto tra uso pubblico ed uso concesso a titolo particolare, ma nella delimitazione della latitudine del potere discrezionale di limitare l'uso pubblico⁶².

La riflessione prende le mosse da un Parere reso dal Consiglio di Stato, che aveva statuito come l'appartenenza del lido del mare e della spiaggia al demanio marittimo, pur imprimendo a tali beni un'originaria destinazione a fini di utilità generale, non identifica necessariamente tale utilità con il libero godimento da parte di ciascuno, ma obbliga soltanto alla considerazione dell'interesse al libero godimento e alla sua conciliazione con interessi che, facendo ugualmente capo alla collettività, sono del pari meritevoli di tutela. La

⁶⁰ Cassese S., *I beni pubblici cit*, 50 e ss. e 206 e ss.

⁶¹ Cassese S., *I beni cit.*, 212 e ss.

⁶² Caputi Jambrenghi V., *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici*, Napoli, 1979, 264 e ss.; Caputi Jambrenghi V., *Beni pubblici (uso dei)*, in *Digesto pubblico*, II, Torino, 1987, 304 e ss.

soddisfazione di interessi collettivi di genere diverso dal materiale godimento del bene può, pertanto, incidere sull'uso individuale diretto del bene.

Tale posizione viene aspramente criticata, in quanto ingenererebbe un'indebita inversione, subordinando l'interesse individuale dell'utente a titolo generale a quello collettivo, la cui interpretazione è la causa giuridica dell'emanazione della concessione.

Si tratta della conseguenza di un generale stato di crisi nell'amministrazione dell'uso dei beni pubblici, originato dalla carenza di previsioni che consentano un'adeguata partecipazione ai procedimenti di concessione dei soggetti interessati al mantenimento dell'uso pubblico e dalla regolazione legislativa degli usi possibili sui beni pubblici collettivi, che assegna loro una funzione di utilità generale talmente indistinta, da poter essere agevolmente considerata compatibile con forme d'uso in concessione del tutto configgenti con quello collettivo con un'eccessiva dilatazione del margine di discrezionalità dell'amministrazione.

Ne discende il rischio che lo strumento concessorio sia impiegato dall'amministrazione pubblica come un mezzo di disposizione patrimoniale di una proprietà sostanzialmente privata.

Altra parte della dottrina mediante una ricostruzione dell'elaborazione giuridica a partire dall'età liberale giunge a ritenere ormai superata la distinzione tra beni demaniali e beni patrimoniali indisponibili, accomunati nell'unica categoria dei beni pubblici proprio perché viene valorizzato il profilo strumentale della relativa appartenenza, recuperando a livello di elaborazione concettuale l'elemento funzionale e svalutando il momento della proprietà a vantaggio del momento della prestazione delle utilità⁶³.

Beni come le spiagge divengono sempre più beni attrezzati o complessi funzionali (di beni e di attività- servizi) al fine di garantire nel miglior modo possibile ai cittadini la fruibilità delle corrispondenti utilità.

L'elemento di socialità individuato nella proprietà pubblica, in quanto proprietà collettiva, offre giustificazione alla concessione nella teoria dei beni pubblici, facendo tuttavia svanire la concessione del bene nella concessione di un

⁶³ Palma G., *I beni appartenenti allo Stato, agli enti pubblici e agli enti ecclesiastici*, in Rescigno (diretto da) *Trattato di diritto privato*, Torino, 1982 ora in *Il regime giuridico della proprietà pubblica*, Torino, 1999, 22 e ss. e 76 e ss.

servizio pubblico inteso genericamente come prestazione di utilità alla collettività degli utenti⁶⁴.

Altra dottrina rielabora la teoria dei beni pubblici, partendo dal rapporto tra proprietà pubblica e diritti collettivi⁶⁵.

Si ritiene che una categoria propria e separata di beni pubblici sussista solo per i beni che sono tali perché del popolo, perché usati dal popolo. Nella disciplina riferita a tali beni viene in considerazione il regime dell'uso collettivo, piuttosto che il regime di appartenenza, nel senso che solo gli atti che incidono sull'uso collettivo appartengono alla sfera del diritto pubblico, mentre la situazione di appartenenza in sé considerata rimane un istituto di diritto comune. Lo stesso art. 42 della Costituzione, statuendo che la proprietà è pubblica o privata, non conferma affatto l'idea di una proprietà di diritto pubblico, ma al contrario riferendosi ad un'unica proprietà che può essere pubblica o privata, presuppone una nozione di appartenenza di diritto comune. La proprietà pubblica non si connota, quindi per un'ontologica diversità rispetto alla proprietà privata, ma unicamente per la presenza di un regime derogatorio al diritto comune.

Al bene pubblico, forma di appartenenza cui si applica un regime derogatorio rispetto al diritto comune, possono essere ricondotte tre ordini di fattispecie: i *beni riservati*, i *beni a destinazione pubblica* ed i *beni collettivi*.

I beni riservati sono quei beni che devono restare comunque di proprietà dei pubblici poteri, indipendentemente dalla concreta destinazione allo scopo di pubblico interesse che in astratto dovrebbero ottemperare.

I beni a destinazione pubblica sono beni di proprietà dei pubblici poteri sottoposti ad un regime giuridico particolare in quanto effettivamente utilizzati per lo scopo di pubblico interesse.

All'identificazione dei diritti collettivi si deve, invece, procedere con riferimento a ciò che il diritto positivo tutela, prescindendo dalle caratteristiche del bene.

La *concessione amministrativa* è necessaria per costituire diritti individuali solo in relazione ad utilità che non sono estranee alla destinazione pubblica del

⁶⁴ Tonoletti B., *op. cit.*, 246.

⁶⁵ Cerulli Irelli V., *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, 14 e ss.

bene, ma ne concretizzano alcuni aspetti, talora marginali. Con la concessione si rendono possibili gli usi che la precedente dottrina definiva eccezionali.

Al di fuori degli usi eccezionali dovrebbero essere considerati ammissibili tutti i *rapporti di diritto comune* che non siano *incompatibili* con la *destinazione*, in quanto i beni dei pubblici poteri sono soggetti al diritto comune, salvo per ciò che attiene al profilo della riserva, al profilo della destinazione, al profilo della *incidenza reale dei diritti collettivi*⁶⁶.

6. La disciplina degli anni novanta, le privatizzazioni e la penetrazione nell'ordinamento dei principi comunitari. Le riforme degli ultimi anni e le riflessioni dottrinali in materia

Dagli anni novanta del secolo scorso si assiste ad una profonda trasformazione della disciplina legislativa in materia di beni pubblici, che risulta fortemente influenzata dalla necessità di adeguare l'ordinamento interno ai principi comunitari relativi al rapporto tra intervento pubblico ed attività economiche.

L'ordinamento comunitario si informa, infatti, al principio della netta separazione tra i due ambiti in netto contrasto con la commistione tra dimensione pubblica e dimensione privata, che caratterizzava la disciplina italiana.

Sul versante interno si realizzava un processo di trasferimento delle funzioni alle Regioni ed agli enti locali, già iniziato con il D.P.R. 616/1977 di trasferimento delle funzioni statali alle Regioni (per quanto qui interessa sul litorale marittimo e sulle aree demaniali immediatamente prospicienti per l'utilizzazione avente finalità turistico e ricreative), proseguito in un'ottica ben più radicale ed ispirata al principio di sussidiarietà con il d.lgs. 112/1998⁶⁷, che ha conferito alle Regioni le funzioni relative al rilascio di concessioni di beni del demanio della navigazione interna, del demanio marittimo e di zone del mare territoriale per finalità diverse da quelle di approvvigionamento di energia, cui corrisponderà in un momento successivo anche un profondo

⁶⁶ La categoria dei diritti collettivi è considerata dall'Autore suscettibile di ricomprendere anche oggetti di carattere non necessariamente reale, ma personale e spirituale, si estende, quindi, anche a diritti immateriali. Cfr. Cerulli Irelli, *Op. cit.*, 429 e ss.

⁶⁷ Sul trasferimento delle funzioni amministrative dallo Stato agli enti locali in materia di demanio marittimo cfr. Corbino M.L., *Il demanio marittimo. Nuovi profili funzionali*, Milano, 1990, 103 e ss.; Rota A., *I beni demaniali dopo le riforme. Proprietà del bene e titolarità della funzione*, Padova, 2007, 48 e ss.

mutamento delle competenze legislative e regolamentari realizzato con la legge costituzionale n. 3 del 2001 sulla base del capovolgimento del criterio di riparto⁶⁸ fino ad arrivare al recente federalismo demaniale⁶⁹.

Occorre considerare, inoltre, l'influenza esercitata dalle esigenze di finanza pubblica, già avvertite e trasfuse nei provvedimenti legislativi in materia dalla seconda metà degli anni ottanta, che hanno ingenerato l'idea di valorizzazione dei beni pubblici, che ha plasmato la politica successiva in tema di uso dei beni pubblici⁷⁰.

⁶⁸ Sugli effetti prodotti dalla l. cost. 3/2001 in materia di demanio cfr. Rota A., *Op. cit.*, 89 e ss.

⁶⁹ Il d.lgs. 85/2010 recante *Attribuzione a comuni, province, città metropolitane e regioni di un proprio patrimonio in attuazione dell'art. 19 della legge 5 maggio 2009 n. 42*, costituisce il primo provvedimento di attuazione della legge delega sul federalismo fiscale e rappresenta al contempo l'attuazione dell'articolo 119, co. 6 della Costituzione. Tale norma costituzionale, modificata dalla legge cost. 3/2001, statuisce che i Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno un proprio patrimonio, risultando in tal modo innovata sotto il profilo soggettivo, in quanto parifica Stato, regioni ed enti locali nell'attribuzione di un patrimonio (a differenza dell'art. 119 previgente che si riferiva solo alle Regioni), sia sotto il profilo oggettivo, riferendosi non più al demanio ed al patrimonio, ma semplicemente al patrimonio.

Con il d.lgs. 85/2010 lo Stato ha fissato i principi generali per l'attribuzione di beni demaniali e patrimoniali agli enti territoriali, delineando per il trasferimento dei beni due procedimenti distinti: il trasferimento automatico (art. 3, co. 1 e 2) e il trasferimento a richiesta (art. 3, co. 3 e ss.). Il meccanismo di trasferimento automatico prevede che con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri la proprietà di alcune categorie di beni statali sia trasferita a titolo non oneroso direttamente, e quindi senza richiesta in tal senso da parte dei riceventi, ad alcuni enti territoriali. Si ritiene che, come già avvenuto per il demanio idrico, il trasferimento del demanio marittimo alle Regioni comporti il consolidamento in capo alle stesse del titolo proprietario e delle relative funzioni amministrative e conseguentemente l'assunzione da parte delle Regioni della potestà legislativa in tema di canoni, in conformità a quanto statuito in precedenza dalla Corte Costituzionale secondo cui *la competenza della Regione nella materia non può incidere sulle facoltà che spettano allo Stato in quanto proprietario* (C. Cost. 29 dicembre 2004 n. 427). Il trasferimento a richiesta riguarda beni diversi da quelli per i quali opera il trasferimento automatico e da quelli, che per espressa previsione normativa o per volontà dello Stato sono esclusi dal trasferimento. I beni appartenenti al demanio marittimo, idrico e portuale mantengono il loro *status*, a differenza degli altri beni trasferiti che entrano a far parte del patrimonio disponibile degli enti locali. Vengono in tal modo rovesciati due principi consolidati dell'ordinamento italiano: il patrimonio pubblico non è più concepito come patrimonio dello Stato, salvo quello di cui sono titolari regioni ed enti locali, ma diventa l'insieme dei beni pubblici posseduti dai diversi livelli di governo nei quali ex art. 114 Cost. si articola la Repubblica; vige, inoltre, un generale principio di appartenenza dei beni al patrimonio disponibile, salva diversa previsione normativa. Dopo l'emanazione del d.lgs. 85/2010 molti enti locali hanno denunciato la disparità di trattamento derivante dall'applicazione del principio di espressa esclusione dal trasferimento di quei beni oggetto di accordi ed intese tra lo Stato e gli enti locali (spesso con la previsione di un corrispettivo), il co. 17 dell'art. 4 del d.l. 70/2011 ha introdotto la possibilità che tali beni siano attribuiti su richiesta all'Ente che ha sottoscritto l'accordo o l'intesa ovvero ad altri enti territoriali, salvo che l'accordo o l'intesa abbiano già avuto attuazione anche parziale alla data di entrata in vigore del d.lgs. 85/2010. Cfr. Mamino D., *La norma di delega al governo in materia di federalismo demaniale*, in *Il Diritto marittimo*, 2011, 783 e ss.; Capobianco V., *Il federalismo demaniale: modalità applicative*, in *Il Diritto marittimo*, 2011, 769 ss.

⁷⁰ Tonoletti B., *Op. cit.*, 82.

L'esigenza di coordinamento con i principi comunitari è emersa in modo drammatico in materia portuale.

Con la sentenza del 10 dicembre 1991 la Corte di Giustizia ha dichiarato incompatibile con l'art. 90 par. 1 del Trattato la normativa di uno Stato membro che conferisca ad un'impresa stabilita in questo Stato il diritto esclusivo d'esercizio delle operazioni portuali e le imponga di servirsi, per l'esecuzione di dette operazioni, di una compagnia portuale composta esclusivamente di maestranze nazionali, negando che potesse operare la deroga di cui all'art. 90, par. 2, non potendo l'impresa titolare dell'esclusiva essere considerata incaricata della gestione di servizi di interesse economico generale⁷¹.

In seguito a tale pronuncia si è accentuata la necessità di un processo di riforma in materia portuale, che era già avvertita per gli effetti negativi sulla concorrenza tra imprese operanti nei porti e sull'efficienza del sistema portuale ingenerati dalla commistione tra ruolo regolamentare ed attività imprenditoriale in capo agli enti portuali.

In un contesto in cui era mutato il sistema di itinerari e di distribuzione, privilegiando il trasbordo non solo da nave madre a nave *feeder*⁷², ma anche tra navi madre, i porti italiani dovevano adeguarsi agli *standards* adottati a livello internazionale nella gestione dei traffici marittimi, prendendo atto dell'emergere di imprese titolari del ciclo completo delle operazioni portuali, alle quali appariva necessario riservare adeguati spazi e libertà di organizzazione in ambito portuale.

Segnali di tale esigenza di cambiamento erano già rinvenibili nelle c.d. autonomie funzionali, consistenti nella legittimazione riconosciuta ad alcune imprese portuali private, in quanto dotate di un ruolo e di una funzione strategica nel trasporto intermodale e come tali idonee favorire lo sviluppo e la

⁷¹ Corte di Giustizia 10 dicembre 1991, causa C- 179/90 *Merci convenzionali porto di Genova c. Siderurgica Gabrielli*, in *Foro italiano*, 1992, IV, 225 e ss.

⁷² Cfr. Cantarini S., *I servizi marittimi*, in Zunarelli S., *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia (diretto da Galgano F.)*, p.71. L'A. chiarisce che: "Con il termine feeder si è soliti indicare la nave su cui vengono trasbordate le merci (c.d. transshipment) che erano state caricate nel porto d'imbarco su di una nave di dimensioni maggiori. Il compito della nave feeder è sostanzialmente quello di raggiungere i porti minori o quelli difficilmente accessibili dalla nave più grande, che solitamente raggiunge solo i porti di smistamento dei containers dopo avere effettuato una traversata oceanica". Cfr. anche Antonini A., *il federaggio e la liberalizzazione del cabotaggio comunitario*, in *Dir. mar.*, 1998, 895 e ss.; Athanassiu A., *Aspect juridiques de la libéralisation du cabotage européen*, in *Dir. mar.*, 1998, 577 e ss..

razionalizzazione dei traffici dello specifico porto di operatività, ad organizzare e gestire, utilizzando in esclusiva alcuni spazi portuali, l'intero ciclo delle operazioni portuali. Tali imprese risultavano legittimate ad impiegare modelli organizzativi adeguati agli standards internazionali, usando criteri e parametri privatistici in deroga ad alcuni vincoli pubblicistici tra cui la c.d. riserva di lavoro portuale di cui all'art. 110ultimo comma del codice della navigazione (oggi abrogato).

Secondo tale modello erano, peraltro, organizzate anche altre attività di imprese operanti in ambito portuale, soprattutto nel settore siderurgico, nel cui ciclo produttivo rientravano anche attività di imbarco, sbarco e trasbordo di merci, nonché le imprese e/o i soggetti operanti all'interno degli approdi turistici (c.d. *marina*).

Tali autonomie funzionali, pur configurando posizioni proprietarie di tipo privatistico e consentendo, almeno per gli approdi turistici, anche la commercializzazione dell'utilizzo degli spazi portuali, restavano iscritte in un'orbita pubblicistica e rappresentavano situazioni eccezionali⁷³.

Si giungeva in tal modo alla riforma operata con la legge 84/1994 che attua una netta separazione tra le competenze pubblicistiche e le attività economiche legate alla gestione degli scali portuali ed elimina l'esclusiva delle operazioni portuali, introducendo un regime autorizzatorio (art. 16) e prevedendo che il numero delle autorizzazioni possa essere limitato solo in relazione alle esigenze di funzionalità del porto e del traffico, assicurando comunque il massimo della concorrenza nel settore.

L'art. 18 introduce una disciplina specifica della concessione di aree e banchine comprese nei porti, che integra ed in parte modifica la disciplina generale delle concessioni demaniali marittime contenuta nel codice della navigazione.

Secondo il disposto di tale norma l'autorità portuale, l'organizzazione portuale o l'amministrazione marittima (a seconda del modello organizzativo adottato nel porto) danno in concessione le aree demaniali e le banchine comprese nell'ambito portuale alle imprese di cui all'art. 16, co. 3 per l'espletamento delle operazioni portuali.

⁷³ Carbone S.M., *Art. cit.*, 3 e ss.

La disciplina del rilascio di queste concessioni avrebbe dovuto essere dettata da un regolamento, che non è mai stato emanato, determinando l'applicazione dei criteri di cui all'art. 37 del cod. nav., integrati coi principi direttivi indicati dall'art. 18 per l'emanazione del regolamento.

Tali principi direttivi si identificano con l'obbligo di conformità della disciplina di rilascio delle concessioni portuali alle normative comunitarie (co. 3); con l'adozione di criteri che consentano di riservare nell'ambito portuale spazi operativi nello svolgimento delle operazioni portuali da parte di altre imprese non concessionarie (co. 2); con l'attribuzione di rilievo preponderante ai fini della valutazione comparativa tra più domande concorrenti e in ogni caso ai fini della scelta se rilasciare o meno la concessione- al programma di attività, assistito da idonee garanzie, anche di tipo fideiussorio, volto all'incremento dei traffici ed alla produttività del porto, che il richiedente deve presentare unitamente alla domanda di rilascio della concessione (co. 6 lett. a); con il necessario possesso da parte dell'aspirante concessionario di adeguate attrezzature tecniche ed organizzative, idonee anche dal punto di vista della sicurezza a soddisfare le esigenze di un ciclo produttivo ed operativo a carattere continuativo ed integrato per conto proprio o di terzi e di un organico di lavoratori rapportato al programma di attività (co. 6 lett. b e c).

L'art. 18 al co. 7 prevede che l'impresa concessionaria eserciti direttamente l'attività per la quale ha ottenuto la concessione⁷⁴ e non possa essere al tempo stesso concessionaria di altra area demaniale nello stesso porto, salvo che l'attività per la quale richiede una nuova concessione sia differente da quella di cui alle concessioni già esistenti nella stessa area demaniale, né svolgere attività portuali in spazi diversi da quelli che le sono stati assegnati in concessione.

Con la legge 84/1994 si realizza, quindi, la separazione tra svolgimento di operazioni portuali (affidate ad imprese private) e controllo e indirizzo delle attività portuali (funzione assicurate dalle neocostituite Autorità portuali); l'affidamento delle operazioni portuali alla libera iniziativa privata in regime di concorrenza, sotto forma di imprese autorizzate e/o imprese concessionarie di aree demaniali e banchine; la possibilità per l'impresa portuale di svolgere sia tutte le operazioni portuali (carico, scarico, trasbordo, deposito,

⁷⁴ Per il superamento di tale principio cfr. cap. 3.

movimentazione delle merci), sia una parte di esse; la libertà di fissazione delle tariffe con il solo vincolo della loro pubblicità tramite comunicazione dell'Autorità portuale e la perdita per le compagnie portuali del carattere di corporazioni con conseguente loro trasformazione in imprese portuali sotto forma di società di diritto privato, operanti in regime di concorrenza con le altre imprese portuali⁷⁵.

Si determina, in tal modo, la privatizzazione di attività in precedenza considerate servizi pubblici direttamente o indirettamente gestiti da enti portuali e vengono eliminate riserve di attività, tra le quali quella a favore delle compagnie portuali assicurata dall'art. 110 del cod. nav.

Gli enti portuali, trasformati in Autorità Portuali, conservano solo poteri di programmazione, indirizzo e controllo delle attività esercitate nei porti, mentre non hanno più la possibilità di essere presenti né direttamente, né attraverso la costituzione o partecipazione in società nella gestione delle operazioni portuali e di ogni altra attività ad essa connessa.

L'attività relativa alle operazioni portuali ne risulta completamente privatizzata e non è più esercitabile a mezzo di concessione, ma diviene accessibile a qualunque impresa dotata di apposita autorizzazione⁷⁶.

In relazione al trasferimento alle Regioni delle competenze relative al rilascio delle concessioni limitatamente agli usi turistico- ricreativi e ai porti turistici, la legge 494/1993 introduce una tipizzazione degli usi turistico ricreativi assentibili, identificandole nella gestione di stabilimenti balneari; esercizi di ristorazione e somministrazione di bevande, cibi precotti e generi di monopolio; noleggio di imbarcazioni e natanti in genere; gestione di strutture ricettive ed attività ricreative e sportive; esercizi commerciali; servizi di altra natura e conduzione di strutture ad uso abitativo, compatibilmente con le precedenti categorie di utilizzazione⁷⁷.

⁷⁵ Probabilmente il legislatore ha visto, nella legge sull'ordinamento portuale italiano, lo strumento privilegiato per dotare il Paese di moderne piattaforme logistiche *multipurpose*. La ragione del fallimento di tutte le iniziative di riforma successive potrebbe, invece, essere ricercato nel superamento della stessa concezione dinamica di Porto come modalità ideale di organizzazione della logistica. La riflessione scientifica internazionale appare concentrata nello studio di nuove tipologie di "contenitore delle esigenze della logistica", variamente denominato ed aggettivato, e comunque meno legato a vincoli di natura "fisica", quando a ben vedere la nozione di porto appare finalisticamente condizionata dalla garanzia dell'approdo e del ricovero del galleggiante.

⁷⁶ Carbone S.M., *Art. cit.*, 5 e ss.

⁷⁷ Cfr. Tonoletti B., *Op. cit.*, 110.

La durata di tali concessioni veniva fissata, indipendentemente dalla natura o dal tipo degli impianti previsti per lo svolgimento delle attività, in sei anni, prevedendo il rinnovo automatico per altri sei anni e così successivamente ad ogni scadenza, fatto salvo il secondo comma dell'art. 42 del codice della navigazione, che in riferimento alle concessioni di durata superiore al quadriennio o che comunque importino impianti di difficile sgombero prevede la revocabilità per specifici motivi inerenti al pubblico uso del mare o per altre ragioni di pubblico interesse.

Il meccanismo dell'automaticità del rinnovo delle concessioni unitamente al c.d. diritto di insistenza del concessionario uscente è stato ripetutamente oggetto di censura da parte della Commissione europea per la sua idoneità a provocare effetti restrittivi della concorrenza, tanto da determinare l'apertura di una procedura di infrazione (2008/4908) e la conseguente messa in mora del 5 maggio 2010 per aver l'Italia disatteso gli obblighi ad essa incombenti ai sensi della direttiva 2006/123/CE e dell'art. 49 TFUE in materia di libertà di stabilimento.

La Commissione ha rilevato come la suddetta direttiva (trasposta nel d.lgs. 59/10) preveda, qualora il numero delle autorizzazioni disponibili per una determinata attività risulti limitato per la scarsità di risorse naturali, l'applicazione di una procedura di selezione che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento con esclusione di ogni rinnovo automatico di tali autorizzazioni e di altri vantaggi al prestatore uscente.

La Commissione, richiamando la giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di libertà di stabilimento, ha inoltre sostenuto che le persone giuridiche devono poter esercitare tale libertà senza essere soggette all'applicazione di norme nazionali che non rispettano il principio della parità di trattamento, in modo che risultano incompatibili con il diritto comunitario le normative nazionali che hanno l'effetto di rendere più difficile l'accesso al mercato di operatori provenienti dagli altri Stati membri.

Il processo di revisione del quadro normativo di settore è iniziato con l'art. 1, co. 18 del decreto legge 194/09, convertito con modificazioni dalla legge 25/2010, che prevede che, nelle more del procedimento di revisione del quadro

normativo in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico ricreative, il termine di durata delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto e in scadenza entro il 31 dicembre 2015 è prorogato fino a tale data, fatte salve le disposizioni di cui all'art. 3, co. 4 bis del d.l. 400/1993 convertito con modificazioni nella legge 494/1993. Viene, inoltre, soppresso il secondo periodo del secondo comma dell'art. 37 del codice della navigazione, che garantiva il diritto di insistenza al concessionario uscente.

L'intento del legislatore è assicurare il contemperamento di due opposte esigenze: la garanzia dell'esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e la tutela degli investimenti da un lato e il rispetto dei principi di concorrenza e di libertà di stabilimento dall'altro.

Il tema della durata delle concessioni aveva del resto suscitato l'intervento dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, che con Segnalazione n. 152 del 1998 aveva rilevato come non fosse indispensabile parametrare la durata al periodo di recupero degli investimenti necessari per lo svolgimento delle attività, potendo al momento della gara esser posto a base d'asta il valore degli investimenti già effettuati dal concessionario.

Tale linea di pensiero è stata ribadita con la successiva Segnalazione n. 274 del 29 gennaio 2004 in ordine al progetto di legge AC 1401 di modifica al codice della navigazione e alle disposizioni in materia di sicurezza e di efficienza del trasporto aereo, nella quale con riferimento alle concessioni aeroportuali viene consigliato di non parametrare la durata al periodo di recupero degli investimenti e di prevedere invece il rimborso dei costi non recuperati alla scadenza ponendo a base d'asta il valore degli investimenti effettuati.

Suscita, tuttavia, perplessità l'ultimo intervento legislativo di cui all'art. 1, co. 18 del decreto legge 194/09, convertito con modificazioni dalla legge 25/2010, non risultando chiaro se ed in quale misura sia stata fissata la durata delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico- ricreative.

La clausola di salvezza che rinvia al comma 4 bis dell'articolo 3 del decreto legge 400/93 come modificato dalla legge finanziaria del 2007 pone un problema di raccordo con la disciplina previgente.

Tale comma 4 bis. prevede che la durata massima delle concessioni turistico ricreative non possa superare i venti anni, ma tale norma si collocava in un

contesto caratterizzato dalla piena operatività del diritto di insistenza e dell'automaticità del rinnovo. Venuti meno tali principi, occorrerebbe valutare l'effettiva adeguatezza di una tale durata in rapporto all'esigenza di ammortamento degli investimenti e di remunerazione del capitale.

Altra questione attiene, inoltre, alla durata delle concessioni in relazione alle strutture dedicate alla nautica da diporto, specie in relazione ai porti ed agli approdi turistici. Al riguardo il disegno di legge governativo AS 2403 di riforma della legislazione in materia portuale con riguardo alle "Disposizioni sul recupero di aree per lo sviluppo della nautica da diporto" prevede l'inserimento dell'art. 5 ter nella legge 84/94, disponendo che "nel caso in cui il piano regolatore portuale preveda la destinazione di parte delle aree appartenenti al demanio marittimo portuale ad uso generale, anche mediante interventi di riqualificazione, riadattamento, realizzazione di spazi e localizzazione di attività a servizio della collettività, l'autorità portuale può rilasciare atti di concessione di beni demaniali marittimi di durata fino ad un massimo di 50 anni per l'utilizzo delle predette aree"⁷⁸.

Acquista rilievo nella tematica relativa al ruolo della concessione avente ad oggetto beni pubblici anche la problematica concernente il conferimento di beni alle società per azioni scaturite dalle politiche di privatizzazione degli enti pubblici economici iniziate con i decreti legge 386/1991 e 333/1992, convertiti in legge con l. 35/1992 e 359/1992.

Con tali privatizzazioni è venuta meno la proprietà pubblica dei beni indirettamente coinvolti dalla trasformazione degli enti in società per azioni, ma è riemerso il carattere pubblico di tali beni sotto il profilo dell'uso.

In precedenza fenomeni come la nazionalizzazione delle ferrovie o le municipalizzazioni dei servizi locali avevano determinato il tramonto della centralità del bene, oscurato dalla costruzione dell'attività come servizio pubblico e dalla totale identificazione tra lo Stato o il Comune ed il gestore del servizio.

⁷⁸ Grimaldi M., *La durata della concessione e il concetto di adeguatezza*, in *Il Diritto Marittimo*, 2011, 697 e ss. L'A. evidenzia la scarsa elasticità della previsione di cui all'art. 5 ter della legge 84/94 come delineato dal disegno di legge AS 2403, ponendolo in contrapposizione con l'art. 143 co. 6 del codice dei contratti pubblici (d.lgs. 163/2006), che disponendo che la concessione di lavori pubblici ha di regola durata non superiore ai trenta anni, rende il limite massimo trentennale non tassativo e superabile ogni qualvolta si renda necessaria una maggiore durata per assicurare al concessionario la realizzazione dell'equilibrio finanziario.

La privatizzazione degli enti, rompendo tale immedesimazione, riproponeva la problematica concernente il titolo di godimento del bene: l'impresa tornava ad essere un soggetto privato a tutti gli effetti e l'uso del bene a titolo particolare poteva essere considerato come sfruttamento imprenditoriale teso alla produzione di un profitto. In tal modo la tematica dell'attribuzione del diritto d'uso del bene a titolo particolare riacquisiva autonomia rispetto ai profili attinenti allo svolgimento del servizio⁷⁹.

La specificità dei beni del demanio marittimo non li rende completamente estranei a tale evoluzione, che avendo riflessi sulla riflessione dottrinale relativa ai beni pubblici ed al rapporto tra questi e la concessione li coinvolge inevitabilmente.

Ulteriori problematiche ha posto il decreto legge 63/2002, convertito nella legge 112/2002, che ha istituito la Patrimonio dello Stato s.p.a. alla quale possono essere trasferiti diritti pieni o parziali sui beni immobili facenti parte del patrimonio disponibile e indisponibile dello Stato, sui beni immobili facenti parte del demanio dello Stato e comunque sugli altri beni compresi nel conto generale del patrimonio dello Stato.

Alla Patrimonio s.p.a. è, peraltro, consentita la cartolarizzazione di beni demaniali o appartenenti al patrimonio indisponibile con il procedimento di cui al d.l. 351/2001⁸⁰, richiamato dall'art. 3 co. 10 del d.l. 63/2002, che fa salvo il regime giuridico previsto dagli articoli 823 e 829, primo comma del codice civile dei beni demaniali trasferiti.

Alla Patrimonio s.p.a. possono, quindi, essere trasferiti beni pubblici di qualsiasi natura senza che risulti chiaro quale sia il regime giuridico dei beni trasferiti.

L'art. 7 co. 10 della legge 112/2002 dispone, invero, che il trasferimento non modifica il regime giuridico, previsto dagli articoli 823 e 829 primo comma del

⁷⁹ Cfr. Tonoletti B., *Op. cit.*, 117 e ss.

⁸⁰ Il d.l. 351/2001 prevede la costituzione di una società c.d. veicolo, denominata S.C.I.P., la quale, tramite l'emissione sul mercato finanziario di titoli per un ammontare pari al valore del libro dei beni, reperisce le risorse necessarie per corrispondere allo Stato il corrispettivo dovuto per il trasferimento degli immobili (prezzo iniziale).

Avviene, quindi, tale trasferimento con un decreto ministeriale, che produce anche l'effetto di determinare il passaggio dei beni al patrimonio disponibile dello Stato in modo da garantirne la commerciabilità.

Successivamente la società provvede a vendere gli immobili nel corso di aste pubbliche e utilizza il ricavato per rimborsare ai finanziatori il capitale da essi investito, comprensivo di interessi e commissioni, e per coprire le spese dell'operazione.

L'eventuale margine residuo (prezzo finale) è incamerato dallo Stato.

codice civile, dei beni demaniali trasferiti e il comma 1 riconosce che la valorizzazione, la gestione e l'alienazione del patrimonio dello Stato devono avvenire nel rispetto e dei requisiti e delle finalità proprie dei beni pubblici.

Si pone il problema di stabilire se tali disposizioni lascino davvero inalterato il regime speciale dei beni pubblici ovvero delineino un sistema che disgiunge la circolazione della proprietà del bene dalla sua titolarità, determinando il passaggio della proprietà alla Patrimonio s.p.a. ed in una fase successiva ai privati e lasciando la titolarità in capo al soggetto pubblico.

Si potrebbe invece ritenere che i beni trasferiti alla Patrimonio dello Stato s.p.a., per i quali non sia accertata la cessazione della destinazione, si verifichi il fenomeno di titolarità di un bene demaniale in capo ad un soggetto privato⁸¹.

Per quanto attiene alla sdemanializzazione dei beni, il legislatore della dismissione del patrimonio pubblico rinvia l'individuazione dei beni alienabili ad un atto ministeriale. Si può ritenere che tali decreti ministeriali rappresentino semplicemente i provvedimenti conclusivi ai sensi dell'art. 829 co, 1 c.c. dei procedimenti di sdemanializzazione già previsti dall'ordinamento, che continuerebbero a governare l'identificazione dei presupposti per la sclassificazione di un bene.

In tale ottica nessuna delle nuove norme consentirà da sé sola l'alienazione di un bene attualmente demaniale, potendo condurre solo alienazione di beni dichiarati disponibili al termine di specifici procedimenti di sdemanializzazione⁸².

La dottrina a fronte delle politiche di dismissione del patrimonio dello Stato, che avevano preso avvio già dalla metà degli anni novanta, vive una nuova stagione di interesse per i beni pubblici, connotata da una critica spesso radicale per il regime speciale ad essi dedicato dall'ordinamento⁸³.

Si giunge a dubitare non solo della valenza attuale della categoria, ma anche della sua originaria legittimità.

Le regole dell'inalienabilità, imprescrittibilità e impignorabilità dei beni pubblici sono considerate come un sistema di "immobilizzazione" della proprietà, espressione di un periodo storico in cui il valore di scambio della

⁸¹ Cfr. Rota A., *Op. cit.*, 38 e ss.; Napolitano G., *La Patrimonio dello Stato s.p.a. tra passato e futuro: verso la scomposizione del regime demaniale e la gestione privata dei beni pubblici*, in *AIPDA Annuario 2003*, Milano, 2004, 253 e ss.

⁸² Cfr. Rota A., *Op. cit.*, 43.

⁸³ Cfr. al riguardo Tonoletti B., *Op. cit.*, 257 e ss.

proprietà non rivestiva il ruolo odierno, mentre era centrale la proprietà quale fonte di rendita. In tale contesto il consolidamento della proprietà pubblica consentiva anche di stabilizzare e consolidare il potere pubblico, che con la stessa si identificava.

La proprietà pubblica non deve essere considerata come un diritto peculiare, connotato dal tratto della doverosità, ma ha natura identica alla proprietà di diritto comune, tanto da poter considerare la concessione amministrativa come uno strumento di disposizione del bene, potendo l'amministrazione disporre del bene pubblico mediante la trasmissione di diritti reali minori, diversi dalla proprietà, sul bene stesso.

Tutti gli interessi perseguibili con la "cristallizzazione" della proprietà pubblica possono essere ugualmente perseguiti con il riconoscimento all'amministrazione di poteri adeguati di tipo conformativo ovvero espropriativo.

La funzionalizzazione del bene rispetto agli interessi pubblici non è inconciliabile con una sua maggiore valorizzazione economica.

E', infatti, possibile dilatare la categoria dei beni di interesse pubblico rispetto alla categoria dei beni pubblici, apparendo quest'ultima meno adeguata ad un sistema economico moderno e potendo procedersi ad una trasformazione dell'intervento dello Stato sui beni pubblici da intervento diretto (Stato proprietario) ad intervento indiretto (Stato regolatore)⁸⁴.

Non è mancato, tuttavia, chi dinanzi all'accentuazione della tendenza legislativa alla privatizzazione ed alla valorizzazione del patrimonio pubblico ha dubitato della legittimità costituzionale delle relative disposizioni legislative, evidenziandone l'estraneità rispetto al sistema vigente⁸⁵.

Il regime dei beni pubblici si diversifica dal regime comune ed è definibile complessivamente come di "proprietà pubblica", essendo connotato da tratti pubblicistici, sia perché comprende in alcuni casi e per taluni aspetti anche poteri autoritativi, sia per la rilevanza assunta dagli interessi pubblici ai quali tali beni sono strumentali.

Tale connotazione della proprietà pubblica avrebbe fondamento costituzionale nell'art. 42 Cost, che, statuendo che la proprietà è pubblica o privata,

⁸⁴ Lolli A., *Proprietà e potere nella gestione dei beni pubblici e dei beni di interesse pubblico*, in *Diritto Amministrativo*, 1996, 51 e ss.

⁸⁵ Cfr. Sorace D., *Cartolarizzazione e regime dei beni pubblici*, in *Aedon*, 2003, 1, 1 e ss.

tenderebbe ad assicurare la presenza nell'ordinamento anche di un particolare regime proprietario di certi beni pubblici. Il costituente avrebbe recepito un'opinione tradizionale consolidata secondo cui per la salvaguardia degli interessi pubblici cui è funzionale l'uso di certi beni non è sufficiente riservarne in alcuni casi l'appartenenza a soggetti pubblici, ma occorre anche assoggettarli ad un regime proprietario diverso da quello comune.

Ne discendono alcune importanti conseguenze nell'interpretazione della legislazione in materia di privatizzazioni.

La disposizione di cui all'art. 3, co. 1 della legge 410/01 per la quale il decreto ministeriale di trasferimento dei beni alle società di cartolarizzazione produce il passaggio al patrimonio disponibile deve essere interpretata come semplicemente attuativa- integrativa dell'art. 829, co. 1 c.c., ritenendo che il decreto ministeriale abbia la funzione di dichiarare la conseguenza giuridica del venir meno del presupposto della classificazione dei beni tra i demaniali o tra i patrimoniali indisponibili, in modo che alle S.c.i.p. possano essere trasferiti per esser venduti soltanto beni che non risultino avere più i requisiti dei beni demaniali o patrimoniali indisponibili.

Le previsioni di cui all'art. 7, commi 10 e 11 della legge 112/02 per le quali alla Patrimonio dello Stato s.p.a. possono essere trasferiti beni demaniali e patrimoniali indisponibili anche con le modalità e per gli effetti di cui all'art. 3, comma 1 della legge 410/01, non possono essere intese nel senso di consentire la cartolarizzazione e quindi la vendita ai privati di beni che conservino ancora le caratteristiche oggettive dei beni pubblici.

Occorre, del resto, considerare come lo stesso art. 7 stabilisca che la Patrimonio dello Stato s.p.a. è costituita nel rispetto dei requisiti e delle finalità proprie dei beni pubblici e che il trasferimento non modifica il regime giuridico dei beni demaniali trasferiti e come l'oggetto della società sia rappresentato non solo dall'alienazione, ma anche dalla gestione e dalla valorizzazione dei beni.

Ne discende che i beni demaniali trasferiti potranno essere oggetto solo di gestione e valorizzazione da parte della società, ma non anche di alienazione ai privati almeno finché non intervenga un decreto di sclassificazione.

Per altri con l'istituzione della Patrimonio dello Stato s.p.a. si realizza il trasferimento ad una società, seppure in mano pubblica, di beni che continuano

a conservare il loro regime pubblicistico, con la conseguenza che il bene appartenente allo Stato, anche se destinato ad una funzione o ad un servizio pubblico, e addirittura se appartenente ad una delle categorie riservate, può fuoriuscire dalla proprietà pubblica o comunque divenire oggetto di diritti di carattere patrimoniale in capo a soggetti terzi.

Ne deriva la necessità di costruire una dottrina dei beni pubblici del tutto diversa da quella tradizionale, ove il profilo dominicale viene a scomparire, mentre diventa centrale quello della destinazione del bene allo scopo di pubblico interesse e della relativa disciplina intesa a garantirlo⁸⁶.

La possibilità per la Patrimonio dello Stato s.p.a. di vendere i beni demaniali che le siano stati conferiti o di costituire su di essi diritti a favore di terzi, correlata all'interpretazione della clausola di salvezza del regime demaniale inserita nella legge istitutiva della società, rappresenta il punto focale della riflessione di altri autori.

Per alcuni sarebbe venuto meno il principio della riserva e con esso tutti i limiti alla commerciabilità del bene, permanendo unicamente il nucleo fondamentale del regime demaniale, configurabile come un onere reale di destinazione del bene, che lo segue a prescindere dalle vicende traslative.

Altri ritengono tale visione priva di un adeguato fondamento normativo, ma riconoscono la necessità di ripensare interamente le categorie ed i regimi dei beni pubblici, partendo dalla constatazione che non esistono beni pubblici per natura. Occorre distinguere tra funzione di regolazione e funzione di gestione, che nel precedente assetto normativo venivano confuse in ragione della concentrazione in capo alla medesima amministrazione e che devono invece ora essere ripartite. Emerge una funzione regolativa a tutela della destinazione pubblica dei beni e a limitazione del potere di mercato della società, alla quale si contrappongono i compiti di gestione che passano alla società.

L'attività di valorizzazione risulta, pertanto, sottoposta a direttive e a discipline e regole pubbliche, mentre gli atti di gestione posti in essere dalla società sono in linea di principio regolati dal diritto comune⁸⁷.

⁸⁶ Cerulli Irelli V., *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni*, in *Titolarità pubblica e regolazione dei beni*, *Annuario AIPDA 2003*, Milano 2004, 4 e ss.

⁸⁷ Cfr. anche per i riferimenti alla tesi avversa Napolitano G., *La Patrimonio dello Stato s.p.a. tra passato e futuro: verso la scomposizione del regime demaniale e la gestione privata dei beni pubblici?*, in *Titolarità pubblica e regolazione dei beni*, *Annuario AIPDA 2003*, Milano 2004, 251e ss.

In tal modo si giunge al superamento della concessione e la si espunge dalla teoria dei beni pubblici: il trasferimento dei beni ad una società per azioni in funzione di valorizzazione degli stessi consente, e forse impone, un mutamento del titolo di attribuzione di alcune utilità derivanti dal bene pubblico mediante il ricorso a strumenti di diritto comune, sia pure nel rispetto dei limiti derivanti dalla salvaguardia del regime demaniale debitamente scomposto⁸⁸.

Appare estremamente critica la posizione di altra dottrina, che continua a considerare la proprietà privata e la proprietà pubblica due istituti giuridici fondamentalmente diversi, in quanto la proprietà privata è diritto, mentre nella proprietà pubblica prevalgono esigenze e discipline specifiche, che vedono il soggetto pubblico proprietario quale centro di imputazioni giuridiche tutte qualificate per la doverosità.

E' possibile individuare un nucleo essenziale di demanialità in grado di resistere alla volontà politica di privatizzazione indiscriminata dei beni pubblici: i beni aperti alla fruizione collettiva.

I proprietari in concreto di tali beni sono i cittadini utenti, non l'amministrazione; tali beni sono fruiti nelle forme dell'uso comune libero e paritario, tendenzialmente gratuito e prevalentemente contemporaneo e non possono neppure essere ricompresi tra i mezzi dell'attività-funzione della pubblica amministrazione, dovendo essere considerati oggetto di diritti soggettivi dei cittadini⁸⁹.

Altra dottrina ha evidenziato la profonda differenza sussistente tra privatizzazione delle imprese pubbliche, che non determina l'annullamento di un sistema di garanzia della tutela del pubblico interesse- in quanto la privatizzazione del soggetto non implica anche la privatizzazione dell'attività, determinando soltanto un mutamento delle modalità di protezione assicurata mediante attività non più di prestazione, ma di regolazione- e dismissione dei beni pubblici.

La disciplina sulla dismissione dei beni pubblici non è, infatti, accompagnata da un analogo fenomeno di regolazione, in quanto la legislazione non predispone una normativa volta a conservare sul piano sostanziale un regime di

⁸⁸ Napolitano G., *ibidem*, 269.

⁸⁹ Cfr. Caputi Jambrenghi, *Proprietà dovere dei beni in titolarità pubblica*, in *Annuario AIPDA 2003*, Milano 2004, 61e ss.

diritto amministrativo del bene, che possa effettivamente prescindere dalla natura del soggetto titolare del bene.

Si registra un atteggiamento semplicistico del legislatore, che in mancanza di una garanzia costituzionale espressa, ritiene che l'inalienabilità possa essere rimossa da una semplice previsione legislativa senza considerare che la destinazione al soddisfacimento dei fini pubblici per alcuni beni non trova la sua fonte nel diritto positivo, ma ne costituisce un tratto naturale, che si pone come limite invalicabile alla possibilità del legislatore di qualificare il regime giuridico dei beni.

E', comunque, necessaria la qualificazione formale della cosa da parte dell'ordinamento, ma questo non vale a rendere il legislatore completamente libero di disporre della destinazione dei beni, potendo disporre della qualificazione di un'intera categoria (sottrarre ad esempio le spiagge dal regime del demanio), ma non anche dell'appartenenza di un singolo bene alla categoria (sdemanializzare una spiaggia che non abbia perso le caratteristiche intrinseche).

Dato che questa seconda alternativa sarebbe irragionevole e lesiva del principio di buon andamento della pubblica amministrazione, anche la privatizzazione dei beni pubblici incontra un limite⁹⁰.

Altra parte della dottrina evidenzia come la legislazione recente possa aver definitivamente superato la distinzione tra beni demaniali e beni patrimoniali indisponibili, ma non cancellato la regolazione e la tutela pubblicistica dei beni istituzionalmente destinati all'uso collettivo o amministrativo, che sono diventati o possono diventare beni formalmente privati, ma sostanzialmente pubblici.

Nel tempo vi è stato un progressivo avvicinamento del regime dei beni patrimoniali indisponibili a quello dei beni demaniali, mediante la sostanziale riconduzione del vincolo di destinazione di cui all'art. 828 all'incommerciabilità di cui all'art. 823, sia per la previsione contenuta nelle leggi di settore dell'inalienabilità dei più importanti beni patrimoniali indisponibili, sia per la difficoltà di identificare casi di costituzione di diritti a favore di terzi compatibili con il vincolo di destinazione, sia per la tendenza a

⁹⁰ Francario F., *Privatizzazioni, dismissioni e destinazione "naturale" dei beni pubblici*, in *Titolarità pubblica e regolazione dei beni*, Annuario AIPDA 2003, Milano 2004, 191e ss.

qualificare in termini di concessione amministrativa tutte le ipotesi di attribuzione in uso ai singoli anche dei beni patrimoniali indisponibili.

Le privatizzazioni solo formali dei beni pubblici si differenziano dalle vere e proprie dismissioni, in quanto mentre in queste fattispecie la sottrazione dei beni alle regole della proprietà pubblica implica al contempo la cessazione della natura e della strumentalità pubblica degli stessi beni, le prime consistono nel passaggio di beni pubblici alla titolarità privata con il mantenimento della loro destinazione e natura pubblicistica.

Le disposizioni sulle privatizzazioni hanno modificato i principi che reggono la materia dei beni pubblici, determinando la necessità di adattare anche in via interpretativa le discipline settoriali di ciascuna categoria di beni pubblici alle innovazioni intervenute nella disciplina generale.

I criteri per tale adattamento devono avere il loro punto focale nella destinazione oggettivamente pubblica dei beni.

Ne discende che lo strumento pubblicistico della concessione dovrà cedere il passo all'impiego del contratto, conducendo anche ad una reinterpretazione dell'art. 823 c.c., che nelle ipotesi in cui continuerà a trovare applicazione, nonostante il trasferimento dei beni in capo a soggetti formalmente privati, dovrà essere inteso in una nuova ottica che sostituisce alla tradizionale incommerciabilità una commerciabilità "regolata".

Si realizza in tal modo un modello di disciplina fondato sulla netta separazione tra regolazione e gestione economica del bene, che rende possibile l'attribuzione di un bene pubblico a soggetti privati mediante la dislocazione nella sfera pubblicistica della sola regolazione con integrale sottoposizione degli atti di gestione al diritto privato.

Le leggi sulle privatizzazioni mostrano, quindi, un quadro incompleto, che necessiterebbe di un intervento sistematico del legislatore teso ad identificare in modo tassativo un nucleo essenziale di tipi e specie di beni, nonché se necessario di singoli beni, tenendo presente come criterio guida che l'appartenenza privata di beni a destinazione pubblica dovrebbe essere esclusa solo in ragione di una comprovata inadeguatezza funzionale della proprietà

privata al soddisfacimento e alla garanzia dei bisogni della collettività o di specifiche esigenze della pubblica amministrazione⁹¹.

Altra parte della dottrina interpreta le privatizzazioni sulla base di due direttive di fondo: l'impossibilità del venir meno della riserva e la svalutazione del vincolo di destinazione.

La privatizzazione appare, infatti, in contrasto non solo con l'appartenenza necessaria all'ente territoriale o con la riserva che vale ad impedire l'appropriazione del bene, ma anche con il fondamento giustificativo della demanialità, risultando difficile conciliare i valori sottesi alla tutela dei beni ad uso collettivo con lo scopo di massimizzarne il valore economico.

Il godimento di tali beni da parte della collettività è garantito non da una loro pretesa destinazione all'uso comune, ma dalla stessa riserva, che opera nel senso di impedire l'appropriazione a titolo individuale dei beni.

Tale inappropriabilità del bene deve essere mantenuta ferma, procedendo ad una scomposizione del diritto di proprietà.

Oggetto dei diritti non è la cosa, ma le utilità che dalla cosa si possono trarre e la demanialità non coinvolge tutte le utilità che la cosa rende, ma unicamente quelle identificate dall'inappropriabilità a titolo individuale. La possibilità di utilizzazione della risorsa ai fini dello sfruttamento economico deve, pertanto, essere rimessa ad una valutazione di compatibilità con l'utilità protetta.

Se lo scopo è garantire l'apertura del bene a tutti, solo entro tale fine è giustificata la sottrazione all'appropriabilità privata, ossia nei limiti in cui si possono socializzare i benefici della risorsa.

In tal modo si separano e si sottopongono ad un regime giuridico distinto le due prerogative dell'uso comune e dello sfruttamento economico, alle quali si affianca una terza prerogativa tesa al coordinamento delle prime due, assegnata all'amministrazione e corrispondente al ruolo da sempre assegnato alla concessione.

Lo strumento concessorio può, tuttavia, essere superato.

La demanialità dei beni ad uso collettivo si esaurisce nella riserva, intesa come garanzia di un uso del bene aperto a tutti, mentre le altre utilità che il bene può rendere sono sostanzialmente privatistiche e quindi appropriabili a titolo

⁹¹ Renna M., *La regolazione amministrativa di beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004, 3 e ss.

individuale nella misura in cui siano compatibili con la protezione dell'uso collettivo.

La scelta dell'amministrazione con la concessione si svolge su due piani: la funzione di protezione degli scopi per i quali il bene non può essere oggetto di appropriazione privata, ossia l'accessibilità a tutti del bene, da un lato e la disposizione delle utilizzazioni del bene dall'altro.

Il primo momento deve necessariamente essere affidato all'ente territoriale, in forza della rappresentatività generale, che lo rende idoneo a curare gli interessi di universalità indeterminabili, ossia di chiunque si trovi sul suo territorio.

La scelta tra più usi rivali o tra più aspiranti ad un uso rivale del bene può, invece, essere attuata con strumenti di diritto comune sia pure presiedute da appositi vincoli.

Occorre, quindi, concentrare nella programmazione degli usi del bene ogni valutazione afferente alla protezione dell'uso collettivo, mentre il potere di disporre delle utilizzazioni esclusive può trovare titolo in un contratto di diritto comune e senza limiti di circolazione, dato che ciò che circola non è la cosa, ma la prerogativa in ordine all'utilità economica⁹².

Attualmente è proprio il godimento collettivo, dove tale godimento richiede necessariamente la prestazione di un servizio, ad essere possibile fonte di reddito, con particolare riferimento ai beni pubblici attrezzati, in particolare ai porti, la cui disciplina introdotta dalla legge 84/94 costituirebbe dimostrazione della tesi⁹³.

In tal modo si cancella la concessione dalla teoria dei beni pubblici, assorbendola nella programmazione e nel contratto, riuscendo a rimuovere la contraddizione che ha sempre rappresentato⁹⁴.

Le disposizioni legislative sulle privatizzazioni hanno ingenerato un rinnovato interesse per il tema delle concessioni sui beni pubblici, ma in una prospettiva capovolta rispetto a quella in cui si muoveva la dottrina liberale dell'Ottocento, che tentava di trovare un ruolo ad un istituto che in contrasto coi principi liberali e vissuto come un residuo dello Stato assoluto permaneva nel diritto positivo e successivamente in corrispondenza al sostegno legislativo alle

⁹² Olivi M., *Beni demaniali ad uso collettivo. Conferimento di funzioni e privatizzazione*, Padova, 2005, 4 e ss.

⁹³ Olivi M., *Op. cit.*, 278 e ss.

⁹⁴ Tonoletti B., *Op. cit.*, 293.

iniziative imprenditoriali e all'intervento diretto dello Stato in economia prendeva nuovamente vita.

La riflessione dottrinale odierna tenta al contrario di elaborare una teoria che possa prescindere da un istituto considerato in via di estinzione.

Le privatizzazioni sembrano, infatti, inconciliabili con la permanenza di poteri concessori sul bene trasferito ed inducono ad interrogarsi su quale funzione la concessione svolgesse nel sistema tradizionale, su quali aspetti debbano permanere nonostante la privatizzazione e quali siano invece destinati a venir meno e sugli strumenti atti a sostituire la concessione⁹⁵.

⁹⁵ Tonoletti B., *Op. cit.*, 286.

CAPITOLO II

ITINERARI GIURISPRUDENZIALI IN MATERIA DI BENI DEL DEMANIO MARITTIMO

Sommario: 1. Il confronto della giurisprudenza con la nozione di bene comune e la visione personale- collettivistica dei beni pubblici: il caso delle valli da pesca della laguna di Venezia. 2. Affidamento e rinnovo delle concessioni demaniali marittime: il graduale tramonto del diritto di insistenza e l'obbligo di rispetto della procedura di evidenza pubblica. 3. Le concessioni in ambito portuale e l'eventuale rilievo dei caratteri soggettivi del richiedente.

1. Il confronto della giurisprudenza con la nozione di bene comune e la visione personale- collettivistica dei beni pubblici: il caso delle valli da pesca della laguna di Venezia

L'analisi del tema dei beni demaniali non può chiaramente prescindere dall'esame del contributo della giurisprudenza, che partendo dal dato normativo ed impiegando gli esiti delle elaborazioni dottrinali, consente di calare nella realtà l'astratto dettato delle norme.

Non appare possibile procedere ad una ricostruzione sistematica delle pronunce giurisprudenziali su una tematica così ampia, anche in considerazione dell'oggetto di indagine, che è rappresentato dal rapporto tra beni demaniali marittimi e strumento concessorio, connotato da poliedricità in considerazione della diversità dei beni ricondotti al demanio marittimo, che si riflette in una disciplina specifica per ogni tipologia e in una pluralità di concessioni.

Appare preferibile, quindi, esaminare senza alcuna pretesa di esaustività alcune sentenze, suddividendole per tematiche e partendo dal dato che accomuna le concessioni: avere ad oggetto beni ascrivibili al demanio marittimo.

In una serie di recenti sentenze la Corte di Cassazione a Sezioni Unite⁹⁶, risolvendo un lungo e complesso contenzioso in ordine alla natura demaniale o

⁹⁶ Ci si riferisce ad una serie di pronunce rese dalla Cassazione Civile a sezioni unite nel mese di febbraio 2011, cfr. per tutte Cass. Civ., sez. un., 18 febbraio 2011, n. 3938, in *Il Corriere Giuridico*, 2011, 6, 799 e ss. con nota di commento di Greco T.- Greco M., *La storia immutata delle valli da pesca dalla Serenissima ad oggi*, 807 e ss.

meno delle valli da pesca della laguna di Venezia, si è confrontata con la nozione di bene comune, accedendo ad una visione non prettamente proprietaria, ma personale- collettivistica dei beni pubblici e rileggendo la disciplina codicistica (sia del codice civile, sia del codice della navigazione) sul demanio marittimo alla luce delle norme costituzionali.

Le controversie vedevano contrapposti i privati “coltivatori”, che rivendicavano la proprietà delle valli da pesca della laguna veneziana, e lo Stato, che al contrario le riteneva demaniali e pretendeva di riscuotere somme di denaro per l’illecita occupazione abusiva delle stesse.

Costituiva oggetto di discussione la ricostruzione del quadro normativo specifico relativo alla laguna, disquisendosi del se, del quando e del come le valli di cui si tratta fossero divenute pubbliche, se all’epoca della Repubblica di Venezia quando vennero adottate particolari misure di protezione delle acque e della laguna o successivamente con il Regolamento di polizia emanato nel periodo di dominazione austriaca o con l’emanazione del Codice della Navigazione, che all’art. 28 ascrive al demanio marittimo i bacini di acqua salsa o salmastra che almeno durante una parte dell’anno comunicano liberamente col mare⁹⁷.

In relazione all’applicazione del dettato codicistico alle valli da pesca della laguna di Venezia veniva in considerazione anche la possibilità di operare una distinzione di tipo strutturale in rapporto alla tipologia delle valli.

Alcune di queste risultano completamente arginate e comunicano con il mare solo mediante opere artificiali.

⁹⁷ Per la ricostruzione della vicenda oggetto di contenzioso cfr. Cortese F., *Dalle valli da pesca ai beni comuni: la Cassazione rilegge lo statuto dei beni pubblici?*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2011, 11, 1170 e ss. L’A. evidenzia la natura estremamente complicata dell’eziologia del contenzioso, che vede coinvolte numerose cause aventi l’origine comune in un’iniziativa risalente dell’amministrazione statale volta a diffidare i “proprietari” delle valli da pesca a versare le somme dovute a titolo di occupazione abusiva dei beni in questione. Tale iniziativa discendeva da un’indagine della Procura della Corte dei Conti di Venezia relativa alla constatazione della reiterata mancata esazione dei canoni dovuti per l’utilizzazione del demanio marittimo, da cui erano derivati procedimenti penali nei confronti dei privati per il reato di cui all’art. 1161 cod. nav. di occupazione abusiva di bene demaniale, ma anche nei confronti dei notai che avevano ricevuto gli atti di compravendita degli specchi d’acqua e di funzionari amministrativi. Fin dal 1994 i privati avevano adito il giudice ordinario, affinché accertasse il loro titolo di proprietà con conseguenti domande riconvenzionali dell’amministrazione che ne rivendicava il carattere demaniale. Nel frattempo i procedimenti penali si chiudevano nel 1988 con sentenze passate in giudicato di assoluzione degli imputati.

Altre sono in parte arginate ed in parte no, risultando delimitate a tratti anche da dossi sabbiosi di origina naturale (le c.d. barene), che possono essere eccezionalmente sommerse dal mare.

Altre ancora sono aperte, comunicando direttamente con il mare.

Ne discendeva la questione se le disposizioni riferite alla laguna come bene pubblico concernessero tutte le tipologie di valli o solo le “aperte”, in quanto comunicanti liberamente con il mare⁹⁸.

Nel corso dei giudizi dinanzi al Tribunale di Venezia erano, infatti, state disposte diverse consulenze tecniche per verificare di volta in volta quale fosse l'evoluzione storica e lo stato attuale delle valli di cui si controverteva.

La tesi dei proprietari poggiava sostanzialmente su due argomenti.

In primo luogo la proprietà privata delle valli da pesca sarebbe risultata dalla lunga serie di titoli dominicali prodotti in giudizio e mai messi in discussione dall'amministrazione prima della controversia *de qua*. Tali titoli erano, al contrario, stati in diverse occasioni riconosciuti dallo Stato italiano ed ancor prima dai governi che avevano preceduto la nascita dello Stato unitario.

Le valli da pesca erano state, infatti, oggetto di ripetute compravendite risalenti a tempi remoti ed anche a periodi in cui la laguna era stata interessata da regimi di salvaguardia.

La natura pubblica di quei beni sarebbe stata, quindi, gradualmente dismessa in considerazione del progressivo mutamento dei luoghi, che ne avrebbe escluso l'attitudine ai pubblici usi del mare⁹⁹.

In secondo luogo si sosteneva che, anche ove fosse sopravvenuta con il Codice della Navigazione la demanializzazione di tali beni, non era stato adottato dall'amministrazione alcun provvedimento amministrativo di delimitazione delle aree demaniali, né qualunque diversa ed ulteriore azione di esecuzione delle pretese erariali o di sgombero.

⁹⁸ Cfr. sul punto Guicciardi E., *La condizione giuridica delle valli di pesca secondo il Codice della navigazione*, in *Diritto dei beni pubblici*, 1942, 1 e ss.; Guicciardi E., *La condizione giuridica delle valli salse da pesca*, in *Rivista di diritto della navigazione*, 1942, 1 e ss.; Morbidelli G., *Sulla natura privata delle valli da pesca “morte” della laguna veneta*, in *Il Diritto Marittimo*, 2009, 783 e ss.

⁹⁹ Cfr. Olivi M., *La condizione giuridica delle valli salse da pesca a sessant'anni dal Codice della Navigazione*, in *Dialoghi del diritto, dell'Avvocatura, della giurisdizione*, 2004, 4, 263.

Dopo il rigetto delle domande attoree in primo grado, veniva proposto appello, ma anche il giudizio di gravame si chiudeva con il riconoscimento della natura demaniale delle valli da pesca, ascrivibili al demanio marittimo necessario.

La Corte d'Appello di Venezia procedeva ad un'articolata ricostruzione del quadro normativo riferito alla laguna di Venezia, ricavandone le premesse per affermare le *caratteristiche di unitarietà* della laguna di Venezia, *che non consente di enucleare singoli beni acquei in esso ricadenti, al fine di farne risultare caratteristiche differenti*.¹⁰⁰

Le valli da pesca, contemplate dagli artt. 41 e ss. del r.d.l n. 1853 del 1936, convertito in legge n. 191 del 1937, recante norme di polizia della laguna di Venezia, erano già disciplinate anche dagli artt. 51 e ss. del regolamento di polizia lagunare del 1841 e non soltanto i fini dell'esercizio della pesca in laguna, ma anche in relazione alle opere di chiusura e di recinzione, da tempo praticate per favorire la pesca in forma stabile ed intensiva con allevamento stagionale, venendo individuato l'interesse primario nell'assicurare il mantenimento del regime idraulico della laguna.

Se ne desume come già all'epoca del regolamento del 1841 la laguna fosse considerata demanio pubblico, nel senso attuale di bene appartenente al demanio marittimo necessario, che l'art. 28 cod. nav. identifica coi beni di origine naturale la cui proprietà non può che essere pubblica e quindi distinti da quelli per i quali la demanialità è condizionata dalla loro appartenenza allo Stato.

La natura normativa cogente di tale regolamento è resa chiara dal suo preambolo, rimasto in vigore fino al r.d.l. n. 1853 del 1936 e la cui vigenza, inizialmente oggetto di dubbi, era stata pacificamente riconosciuta dalla giurisprudenza sia civile che penale di fine Ottocento e dei primi del Novecento.

Tale regolamento chiarisce, peraltro, la natura unitaria della laguna, concepita come sistema comprendente anche le valli da pesca, in quanto descritta quale “seno di acqua salsa che si estende dalla foce del Sile alla Conca di Brondolo, che è compreso tra il mare e la terra ferma”.

¹⁰⁰ Corte d'Appello di Venezia, sez. I, 10 giugno 2008, n. 826, in *Il Corriere Giuridico*, 2011, 6, 804 e ss.

Ne deriva che tutte le situazioni determinatesi sotto la vigenza della normativa indicata (riconfermata in tempi più recenti con la l. 366/1963 all'art. 1) non possono che essere regolate dalla stessa, con la conseguenza che si deve affermare che tali beni acquei, in quanto appartenenti al demanio necessario marittimo di origine naturale, non potevano e non possono formare oggetto di proprietà privata e neppure di altro godimento privato, se non alle condizioni al riguardo fissate dalla stessa legge (concessione amministrativa, ove possibile, e simili).

L'appartenenza di un bene al demanio naturale marittimo (necessario) si pone quale conseguenza delle connotazioni fisiche considerate dalla legge, indipendentemente da atti ricognitivi dell'amministrazione o da forme pubblicitarie.

La Corte d'Appello sostiene, da un lato, che anche in base alla normativa previgente la laguna, in cui sono ricomprese in un'unità inscindibile le valli da pesca, era considerata demanio pubblico e dall'altro che tale demanialità trova conferma nella vigente legislazione in relazione alle caratteristiche fisiche della laguna con particolare riferimento all'art. 28 del cod. nav. lett. b ed ai relativi collegamenti funzionali con il mare¹⁰¹.

La Corte di Cassazione conferma sostanzialmente la ricostruzione della Corte d'Appello, ampliandone le argomentazioni in virtù del sistema pluralistico delle fonti del diritto civile con particolare riferimento alle norme costituzionali.

Dopo aver ripercorso la disciplina codicistica in materia di beni pubblici, confermando la distinzione tra demanio necessario- di cui fanno parte i beni che sono tali per loro intrinseca qualità e a cui si ascrive il demanio marittimo- e demanio accidentale o eventuale- di cui fanno parte i beni che si qualificano come demaniali per il fatto di appartenere ad enti territoriali- ed aver richiamato gli art. 28 e 35 del codice della navigazione, che integrano la disciplina civilistica in materia di demanio marittimo, la Suprema Corte esamina il testo costituzionale, partendo dalla considerazione che non si rinviene in esso un'espressa definizione dei beni pubblici, né una loro classificazione, ma i richiami ivi contenuti consentono ed impongono una rilettura del sistema positivo dei beni pubblici.

¹⁰¹ Cfr. sul punto il testo della sentenza della Cassazione, in *Il Corriere Giuridico*, 2011, 800.

Dalla Costituzione, ed in particolare dagli articoli 2, 9 e 42, emerge il principio della *tutela della umana personalità e del suo corretto svolgimento nell'ambito dello Stato sociale* anche nell'ambito del "paesaggio", in relazione non soltanto ai beni espressamente ricompresi dalla classificazione legislativa- codicistica nel demanio e nel patrimonio, oggetto della "proprietà" dello Stato, ma anche con riferimento ai beni che, indipendentemente da una preventiva individuazione legislativa, risultino *per loro intrinseca natura o finalizzazione funzionali al perseguimento ed al soddisfacimento degli interessi della collettività*.

Al riguardo assumono rilievo la collocazione dell'art. 9, avente ad oggetto la tutela del paesaggio, tra i principi fondamentali, e l'implicito riconoscimento da parte dell'art. 42 della diversità di fondo tra proprietà pubblica e privata.

La necessità di rendere effettiva la centralità della persona anche mediante l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, di cui all'art. 2, impone una nuova visione del tema dei beni pubblici, non più prettamente patrimoniale- proprietaria, ma collocata in una *prospettiva personale- collettivistica*.

La Suprema Corte richiama, quindi, il concetto di *bene comune*, assumendo come referente non lo Stato- apparato, ma lo Stato- collettività, quale ente esponenziale e rappresentativo degli interessi della cittadinanza ed effettivamente preposto alla loro realizzazione.

Un bene immobile che risulti per le sue intrinseche condizioni destinato alla realizzazione dello Stato sociale deve ritenersi, *al di fuori dell'ormai datata prospettiva del dominium romanistico e della proprietà codicistica*, "comune", ossia, *prescindendo dal titolo di proprietà, strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini*¹⁰².

Il bene è pubblico non tanto per il dato formale di rientrare nelle astratte categorie codicistiche, quanto per il dato sostanziale di essere fonte di un beneficio per la collettività.

La *dissociazione tra titolo dominicale e funzione pubblica* si rinviene nei *diritti demaniali su beni altrui*, di cui all'art. 825 c.c. (che estende il regime del demanio pubblico ai diritti spettanti allo Stato o agli altri enti territoriali e costituiti per l'utilità di alcuno dei beni specificamente indicati dalle norme

¹⁰² Cass. cit., 801

precedenti o per il conseguimento di fini di pubblico interesse corrispondenti a quelli cui servono i beni medesimi), nelle *servitù pubbliche*, quali le strade vicinali (di proprietà privata, ma soggette al pubblico transito), gli usi civici (caratterizzati dalla non appartenenza, a titolo di proprietà individuale, a persone fisiche od enti in quanto spettanti ad una comunità di abitanti che ne godono collettivamente) e le proprietà collettive.

Si rinviene, altresì, nelle aree protette, di cui alla legge quadro 394/1991 attuativa degli artt. 9 e 32 della Costituzione, che consente di individuare aree naturali protette sottoposte a particolari vincoli, la cui costituzione non modifica l'appartenenza proprietaria delle aree medesime.

La Cassazione sottolinea, quindi, come da un lato siano già ipotizzabili nel nostro ordinamento norme caratterizzanti il godimento e la fruizione a vario titolo di beni da parte della collettività, dall'altro come altre norme risultino *destinate a scindere il binomio bene pubblico demaniale- indisponibilità*, prevedendo il trasferimento di beni dello Stato sulla base di specifici presupposti e per specifiche finalità.

La regola della non commerciabilità dei beni demaniali, originariamente concepita in termini assoluti, incontra sempre più eccezioni, con la conseguenza, *lungi però dal divenire "sistematica" della normativa civilistica* ed anzi configurando una diversità di enunciati tra codice civile e leggi ordinarie, che *in alcune ipotesi la proprietà "pubblica" del bene e la sua destinazione ad usi e finalità pubbliche (della collettività) diventano aspetti scindibili*.

Si inseriscono in tale contesto la trasformazione degli enti pubblici economici in società per azioni (l. 35/1992), la privatizzazione degli enti proprietari in maniera rilevante di beni pubblici (come le Ferrovie dello Stato con delibera Cipe del 1992), la possibilità per gli enti locali di trasferire beni pubblici a società di capitali (d.lgs. 267/2000), la costituzione di un'apposita società per azioni, la Infrastrutture s.p.a., cui possono esser trasferiti beni pubblici e la costituzione della Patrimonio dello Stato s.p.a. per la valorizzazione, gestione ed alienazione del patrimonio dello Stato, alla quale possono essere trasferiti

tra l'altro diritti pieni o parziali sui beni immobili facenti parte del demanio dello Stato (art. 7 l. 112/2002)¹⁰³.

Ne discende che il solo aspetto della demanialità non appare esaustivo per individuare beni che per loro intrinseca natura o sono *caratterizzati da un godimento collettivo* o, indipendentemente dal titolo di proprietà pubblico o privato, risultano *funzionali ad interessi della stessa collettività*.

La collettività risulta costituita da persone fisiche: l'aspetto dominicale della tipologia del bene in questione cede, quindi, il passo alla realizzazione di interessi fondamentali indispensabili per il compiuto svolgimento dell'umana personalità.

La demanialità esprime una *duplice appartenenza alla collettività ed al suo ente esponenziale*, la seconda si identifica con la titolarità in senso stretto e si presenta come *appartenenza di servizio, necessaria* perché è questo l'ente che può e deve assicurare il mantenimento delle specifiche rilevanti caratteristiche del bene e la loro fruizione.

Si deve, quindi, tener conto del duplice aspetto finalistico e funzionale che connota la categoria dei beni demaniali, con la conseguenza che la titolarità dello Stato, inteso come Stato- collettività, non è fine a se stessa e non rileva solo sul piano proprietario, ma comporta per lo stesso oneri di una governance che renda effettive le varie forme di godimento e di uso pubblico del bene.

Con specifico riferimento alle valli da pesca la Corte rileva come le stesse presentino una funzionalità ed una finalità pubblico collettivistica, essendo pienamente idonee a soddisfare i caratteri richiesti dall'art. 28 lett. b del cod. nav., trattandosi di bacini di acqua salsa o salmastra che almeno durante una parte dell'anno possono comunicare liberamente col mare, a nulla rilevando che tale collegamento sia reso possibile dall'azionamento di meccanismi idraulici approntati dai privati.

Permangono, quindi, i requisiti di demanialità richiesti dalla legislazione vigente e permane anche l'idoneità a soddisfare gli usi marittimi, in particolare la pesca e la navigazione.

La chiusura della valle, che originariamente e fino a qualche decennio fa si presentava permeabile al flusso delle maree, operata a partire dal dopoguerra

¹⁰³ Cfr. sul concreto significato da attribuire a tale norma e sui suoi riflessi nella teoria dei beni pubblici § 6 del capitolo I.

con la costruzione di argini, non è idonea a determinarne un'effettiva e definitiva separazione dal resto della laguna, in quanto la demanialità non può cessare per effetto di mere attività materiali eseguite da soggetti privati sia pure nell'inerzia o con la tolleranza degli organi pubblici.

Le valli da pesca rappresentano per la Corte uno dei casi in cui i principi combinati dello sviluppo della persona, della tutela del paesaggio e della funzione sociale della proprietà trovano specifica attuazione, originando una concezione del bene pubblico inteso non solo nel senso di oggetto di diritto reale spettante allo Stato, ma quale *strumento finalizzato alla realizzazione di valori costituzionali*.

La natura di tali beni trova la sua fonte nella legge, intesa quale ordinamento composto da una pluralità di fonti, sulla base della sussistenza all'attualità di determinate caratteristiche (fisiche- geografiche) in concreto previste dal legislatore e prescinde, quindi, da disposizioni e provvedimenti di ordine amministrativo, aventi in ogni caso mero carattere ricognitivo.

Nessun rilievo può, infine, essere riconosciuto ad eventuali atti privatistici di trasferimento di beni demaniali, nulli per impossibilità giuridica dell'oggetto, né ad eventuali comportamenti concludenti posti in essere dall'amministrazione mediante suoi funzionari, illeciti perché *contra legem*.

La pronuncia della Corte di Cassazione ha suscitato grande interesse in dottrina per la visione costituzionalmente orientata che offre del bene pubblico, ascrivendolo alla più ampia categoria del bene comune, che è tale non tanto per il profilo dell'appartenenza allo Stato o ad altro ente pubblico, quanto per la sua funzionalizzazione al soddisfacimento dei bisogni collettivi da intendersi in una nuova ottica, tesa alla piena realizzazione della persona umana, alla quale la Costituzione riconosce centralità, anche nell'ambito del paesaggio.

Partendo dal riferimento contenuto nella massima ufficiale all'*applicazione diretta ("Drittwirkung") degli artt. 2, 9 e 42 Cost.*, parte della dottrina¹⁰⁴ ha sottolineato come il significato del richiamo a tali norme costituzionali non appaia pacificamente determinante.

Tale richiamo, strumentale per la definizione dei poteri che un soggetto, lo Stato, può virtualmente e legittimamente esercitare su determinati beni in funzione del raggiungimento di finalità pubbliche di tutela, non sarebbe

¹⁰⁴ Il riferimento è a Cortese F., *Art. cit.*, 1175 e ss.

univocamente capace di definire il contenuto esatto di quei poteri con tutto ciò che potrebbe derivarne in ordine al titolo, proprietario o meno, in base al quale quei poteri vengano di volta in volta esercitati.

La Drittwirkung in questione *non* consegnerebbe all'interprete la chiara *regola di attribuzione di determinate facoltà*, nel caso proprietarie, ma lo orienterebbe nel definire la potenziale ampiezza, oltre che l'*attuale giustificazione e l'adeguata conformazione* di un *determinato regime proprietario*, nel caso quello demaniale, *già ricavato in base alle disposizioni di rango legislativo accertate come vigenti*.

Non si tratterebbe, quindi, di diretta applicazione delle norme costituzionali, ma soltanto di interpretazione della disciplina di rango primario, che già consente di ritenere demaniale un dato bene, attribuendole un significato costituzionalmente conforme, che giustifica l'iscrizione a soggetti pubblici di poteri, che un tempo venivano attribuiti solo in conseguenza del riconoscimento di un titolo dominicale e che oggi possono essere ricondotti anche ad altre ragioni.

La tematica dei beni pubblici non deve, quindi, essere affrontata in un'ottica soltanto proprietaria, non esistendo, peraltro, una proprietà pubblica dal regime uniforme e granitico, ma tante proprietà pubbliche dallo statuto di volta in volta differente.

Viene in tal modo "creato" un concetto nuovo di bene comune, ma al solo fine di riaffermare la nozione di demanio, qualitativamente differente e tradizionale, e confermare i radicati convincimenti in tema di sdemanializzazione, ribadendo che la presenza di attività private svolte *sine titolo* o di azioni amministrative materialmente contraddittorie non determina il venir meno della natura originaria del bene.

Tale esito viene criticato, in quanto l'enucleazione della nozione di bene comune in tanto avrebbe senso, in quanto venisse differenziata dal bene demaniale in senso stretto.

Il ragionamento della Cassazione avrebbe dovuto condurre, quindi, a negare la natura di bene demaniale delle valli da pesca arginate o anche solo semi-arginate, in quanto la proprietà privata di molti dei loro elementi strutturali non

impedirebbe la loro funzionalizzazione agli interessi della collettività quali beni comuni, sottoposti a significativi poteri di regolazione¹⁰⁵.

La pronuncia della Suprema Corte riprende il concetto di bene comune, frutto di una secolare elaborazione dottrinale, e lo reinterpreta in chiave costituzionale, inserendolo in un contesto normativo sempre più caratterizzato dalla scissione tra titolo dominicale e funzione pubblica e da una politica legislativa intesa a valorizzare i beni pubblici anche mediante la loro dismissione.

Il concetto di bene comune, incentrato sulla sua funzione di realizzazione della persona umana- quale membro della collettività- e non necessariamente correlato al titolo di proprietà, consente di fornire una giustificazione delle singole discipline legislative, che, discostandosi dal canone dell'incommerciabilità dei beni demaniali consacrato dal codice civile, potevano apparire in contrasto con i valori costituzionali¹⁰⁶ e trovano ora una legittimazione proprio in quei valori.

Non deve, tuttavia, essere sopravvalutato il riferimento al superamento del concetto di *dominium* proprio del diritto romano e della visione proprietaria dei beni pubblici, in quanto l'affermazione che si possa in taluni casi prescindere dalla considerazione del titolo proprietario, fino ad ammettere l'esistenza di beni che, pur privati, sono strumentali ad una finalità pubblica, non implica il definitivo tramonto di quella visione, ma soltanto la perdita del suo carattere pervasivo.

Potrebbe sembrare contraddittorio affermare da un lato la possibilità di scindere la proprietà dalla funzione di realizzazione degli interessi della collettività e dall'altro ribadire l'appartenenza dei beni demaniali all'ente collettivo, qualificandola come "di servizio" e "*necessaria perché è questo l'ente che può e deve assicurare il mantenimento delle specifiche rilevanti caratteristiche del bene e la loro fruizione*"¹⁰⁷.

Il percorso argomentativo della Corte riacquista, tuttavia, coerenza se lo si legge nella sua interezza come affermazione di una tendenza in atto del sistema, che, *lungi dal divenire "sistematica" della normativa civilistica,*

¹⁰⁵ Cortese F., *Art cit.*, 1177 e 1178.

¹⁰⁶ Non erano del resto mancate posizioni dottrinali che denunciavano l'incostituzionalità della disciplina in materia di dismissione dei beni pubblici cfr. § 6 capitolo I.

¹⁰⁷ Cfr. testo della sentenza della Cassazione in *Corriere giuridico cit.*, 803.

consente di affermare che *in alcune ipotesi la proprietà “pubblica” del bene e la sua destinazione ad usi e finalità pubbliche (della collettività) diventano aspetti scindibili*¹⁰⁸.

2. Affidamento e rinnovo delle concessioni demaniali marittime: il graduale tramonto del diritto di insistenza e l'obbligo di rispetto della procedura di evidenza pubblica

Assume rilievo centrale nella tematica relativa al rilascio delle concessioni sul demanio marittimo la problematica connessa al rinnovo delle concessioni in essere, che vede contrapporsi l'interesse del concessionario uscente alla conservazione della concessione da un lato con altre esigenze nel frattempo sopravvenute e dall'altro con la legittima aspirazione di altri soggetti a conseguire il titolo concessorio.

L'esigenza di garantire l'imparzialità dell'amministrazione, probabilmente messa a rischio dalla domanda di rinnovo, e di contemperare l'interesse al mantenimento dell'uso pregresso del bene con l'emergere di nuovi impieghi potenzialmente maggiormente idonei alla soddisfazione degli interessi della collettività ha finito col tempo per essere inglobata nel più ampio tema della garanzia della concorrenza nel rispetto dei principi comunitari.

L'art. 37 del cod. nav. prevedeva il principio di preferenza per il precedente concessionario, noto come *diritto di insistenza*, che, dopo il tentativo di ricondurlo ad un'interpretazione comunitariamente orientata, ha visto il suo definitivo tramonto con la modifica legislativa intervenuta con l'art. 1, co. 18 del decreto legge 194/09, convertito con modificazioni dalla legge 25/2010, che ha soppresso il secondo periodo del secondo comma dell'art. 37 del codice della navigazione, che garantiva appunto il diritto di insistenza al concessionario uscente.¹⁰⁹

Il diritto di insistenza era stato interpretato dalla giurisprudenza come un limite alla discrezionalità dell'amministrazione, che le imponeva in presenza di un'istanza di rinnovo di esaminarla, dovendo tener conto della posizione del concessionario uscente, che avrebbe potuto risentire un danno dalla cessazione

¹⁰⁸ *Ibidem*, 802.

¹⁰⁹ Cfr. § 6 capitolo I

dell'attività, senza tuttavia ingenerare un obbligo di determinarsi in senso a lui favorevole¹¹⁰.

Occorreva, inoltre, stabilire in quali ipotesi si configurasse un effettivo rinnovo.

Il criterio era stato individuato nell'*identità di oggetto* della nuova concessione rispetto alla precedente, che postulava che il rinnovo riguardasse la medesima attività precedentemente svolta¹¹¹.

Si poneva poi il problema di identificare i casi in cui ricorresse la *situazione di sostanziale parità tra le domande*, che giustificava la preferenza per il precedente concessionario. La risoluzione della questione risultava strettamente correlata alle caratteristiche della fattispecie concreta, ma la giurisprudenza richiedeva in ogni caso che la valutazione comparativa non si risolvesse in confronto fittizio con esito precostituito a favore del precedente concessionario, che si sarebbe tradotto nella preclusione di una rivalutazione periodica da parte dell'amministrazione degli interessi inerenti all'utilizzazione del bene.

In un caso abbastanza risalente il Consiglio di Stato¹¹², riformando la decisione assunta in primo grado, evidenziava la necessità di valorizzare il significato economico- aziendale del requisito normativamente richiesto della proficua utilizzazione del bene.

Nella valutazione comparativa di un'istanza di rinnovo e di una domanda di nuova concessione presentate alla Capitaneria di porto di Gallipoli per l'assegnazione di un complesso balneare in Lido San Giovanni era stata accolta la prima in virtù del principio di preferenza per il concessionario uscente.

L'altro concorrente aveva impugnato l'atto concessorio, ritenuto illegittimo in quanto il precedente concessionario si trovava notoriamente in stato di dissesto finanziario e l'amministrazione aveva superato tale dato, consentendo che la concessione fosse cointestata ad un terzo garante dei debiti del primo.

Nel giudizio di primo grado il ricorso era stato rigettato, sulla base dell'argomento che l'amministrazione non avesse alcun obbligo di valutare le condizioni economiche del precedente concessionario, dovendo limitarsi a

¹¹⁰ Consiglio di Stato, sez. IV, 29 novembre 2000, n. 6321 in (anche per i riferimenti giurisprudenziali successivi) Tonoletti B., *Op. cit.*, 363.

¹¹¹ Consiglio di Stato, sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3314 *ibidem*

¹¹² Consiglio di Stato, sez. VI, 5 giugno 1986 n. 396, in *Consiglio di Stato*, 1986, I, 884

comparare le due domande per verificare la parità di garanzie di proficua utilizzazione del bene per scopi di pubblico interesse.

La proficuità dell'uso del bene veniva, quindi, correlata unicamente agli scopi di pubblico interesse, senza alcun riferimento al profilo economico, conducendo a preferire il concessionario uscente.

La cointestazione della concessione non determinava il venir meno del presupposto soggettivo del rinnovo, dovendo essere interpretata come semplice rinnovo allargato al terzo a garanzia dei crediti dell'amministrazione.

Il Consiglio di Stato ha riformato la decisione, reputando errata la sovrapposizione di due requisiti distinti: la *garanzia di proficua utilizzazione* e *l'uso per un interesse pubblico*.

Ove venissero considerati come un'endiadi, si giungerebbe all'esito obbligato di preferire sempre e comunque il soggetto che chiede il rinnovo, ove l'uso proposto fosse in se stesso proficuo e rispondente al pubblico interesse già originariamente valutato dall'amministrazione in sede di rilascio della prima concessione.

La proficua utilizzazione del bene si riferisce, invece, ad un'utilizzazione valida dal punto di vista economico ed aziendale e corrisponde alla comune esperienza che un'azienda non può essere adeguatamente gestita se non sorretta da un'adeguata capacità economica. Sarebbe stata necessaria, pertanto, un'adeguata istruttoria da parte dell'amministrazione al fine di valutare se il precedente concessionario fosse ancora in grado di garantire un'utilizzazione del bene conforme alla previsione normativa.

L'identità oggettiva della concessione ai fini del rinnovo è stata oggetto di un'altra pronuncia del Consiglio di Stato, che ha sottolineato il rilievo in tale ambito della determinazione del canone¹¹³.

La concessione avente ad oggetto uno stabilimento balneare di Lido San Giovanni era stata aggiudicata per l'anno 1992- 1993 ad una società, che aveva offerto nella licitazione privata indetta dall'amministrazione un aumento del 101% sul canone annuo.

Scaduta la concessione era stata presentata istanza di rinnovo, che l'amministrazione aveva accolto in virtù del criterio della preferenza, ritenendo la domanda sostanzialmente equivalente a quella presentata da altro aspirante

¹¹³ Consiglio di Stato, sez. VI, 24 aprile 1995, n. 354, in *Consiglio di Stato*, 1995, I, 559 e ss.

alla concessione. Si era, peraltro, proceduto contestualmente ad una riduzione del canone annuo alla metà di quanto la stessa società aveva offerto l'anno precedente nella licitazione privata.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto non applicabile il diritto di insistenza, in quanto l'identità del contenuto del rapporto deve estendersi al canone.

Sarebbe, infatti, incoerente se a concessione scaduta fosse possibile da un lato invocare la preferenza a proprio favore e dall'altro pretendere di prescindere totalmente da uno degli elementi essenziali della precedente concessione, dato che il precedente concessionario può aver ottenuto la concessione (come nel caso di specie) a seguito di licitazione privata e cioè estromettendo altri concorrenti proprio grazie all'aumento del canone.

La stessa regola dovrebbe, peraltro, trovare applicazione anche al concessionario che avesse ottenuto la precedente concessione non per licitazione privata, ma in virtù di giudizio di comparazione, nel senso che questi non potrebbe vedere modificati, attenuati o ridotti quegli obblighi ed oneri nell'esercizio della concessione, che gli hanno consentito di prevalere nel giudizio di comparazione.

L'interferenza del diritto comunitario ha determinato nel tempo l'emergere di una nuova problematica, relativa all'applicabilità in materia di concessioni dei principi comunitari attinenti ai contratti pubblici ed in particolare all'obbligo o meno della gara.

Al riguardo rivestono interesse due pronunce coeve, l'una del Consiglio di Giustizia Amministrativa¹¹⁴, l'altra del Consiglio di Stato¹¹⁵.

La seconda non offre, in realtà, un'interpretazione comunitariamente orientata, ma tenta di ridisegnare il rinnovo della concessione in modo conforme ai canoni costituzionali.

Ha ad oggetto l'interpretazione dell'art. 17 della L.R. Puglia n. 17 del 2006, che prevede fino all'approvazione del Piano Regionale delle Coste il rinnovo delle concessioni rilasciate, per la durata e per le condizioni identiche a quelle in scadenza.

¹¹⁴ Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, sez. giurisdizionale, 27 aprile 2009, n. 302, in *Urbanistica e Appalti*, 2009, 8, 1002 e ss. con nota di commento di De Gioia V., *Le regole da osservare per il rilascio della concessione demaniale*, 1004 e ss.

¹¹⁵ Consiglio di Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3145, in *Urbanistica e Appalti*, 2009, 10, 1209 e ss. con nota di commento di Mangialardi G., *Obbligatoria la gara per il rinnovo di concessione demaniale*, 1210 e ss.

La legge regionale affida, quindi, alla pianificazione la gestione delle coste, prevedendo sempre in sede di pianificazione una percentuale minima di aree demaniali marittime riservate ad uso pubblico ed alla libera balneazione e disponendo in via transitoria la possibilità di rinnovo delle concessioni.

Tale normativa viene interpretata dal Consiglio di Stato nel senso di lasciare liberi i Comuni di decidere se procedere o meno al rinnovo delle concessioni, potendo anche optare per non rinnovare a nessuno la concessione.

Ove i Comuni decidano che un determinato tratto di costa può essere lasciato in concessione, sono in primo luogo vincolati alle condizioni delle concessioni esistenti, non potendo procedere ad un ampliamento delle stesse.

Non esiste, invece, un vincolo soggettivo, in quanto la *ratio* della norma regionale, alla luce di una lettura complessiva della legge 17/2006, è solo quella di consentire l'eventuale prosecuzione del regime di concessione su un determinato tratto di arenile e non anche quella di garantire una sorta di rendita di posizione ai precedenti concessionari.

La necessaria preferenza per i soli precedenti titolari si porrebbe, peraltro, in contrasto coi principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, in quanto disincentiverebbe tali soggetti dal formulare proposte migliorative sia sotto l'aspetto economico, che sotto il profilo della rispondenza al pubblico interesse dell'utilizzo del bene demaniale, non potendo le loro istanze essere contrastate da proposte alternative.

Un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma impone che non vi sia un consolidamento di una posizione di privilegio per i precedenti concessionari e richiede che, in ipotesi di domande concorrenti, l'amministrazione debba procedere alla loro valutazione in comparazione e rinnovare la concessione intesa in senso oggettivo al soggetto che abbia formulato la migliore proposta secondo i criteri di cui all'art. 37 cod. nav.

In sede di rinnovo di una concessione il precedente concessionario va posto sullo stesso piano di altro soggetto richiedente lo stesso titolo.

La vicenda alla base della prima sentenza¹¹⁶, a cui si faceva in precedenza riferimento, trae origine dall'impugnativa proposta da due distinte società avverso i provvedimenti adottati dal Comune e dall'Autorità portuale di

¹¹⁶ Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, sez. giurisdizionale, 27 aprile 2009, n. 302, in *Urbanistica e Appalti cit.*

Messina, relativi all'occupazione e alla concessione di un'area demaniale ed all'installazione di impianti pubblicitari in prossimità dell'imbarco dei traghetti da parte di una società (Damir), che, facendo valere un preteso subingresso nella precedente concessione, ne aveva chiesto il rinnovo.

La prima questione affrontata attiene alla *legittimazione attiva* delle società ricorrenti, contestata dall'Autorità portuale e dalla società controinteressata per difetto di interesse, in quanto le stesse non avrebbero dimostrato di aver richiesto il rilascio di concessione demaniale per lo spazio assegnato alla Damir.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa riconosce la *legittimazione al ricorso*, essendo a tal fine sufficiente dimostrare la qualità di soggetti operanti nel settore, potenzialmente interessati all'assegnazione dell'area demaniale in questione, per adibirla alla installazione degli impianti pubblicitari.

La prova di tale condizione soggettiva radica la legittimazione all'impugnazione dei provvedimenti di rilascio della concessione demaniale senza il previo svolgimento di una procedura selettiva di evidenza pubblica.

Viene in tal modo affermato il medesimo principio statuito in materia di contratti pubblici, per cui è ammissibile il ricorso proposto dal soggetto che non ha presentato domanda di partecipazione alla gara, ove lo stesso contesti la violazione delle regole di pubblicità prescritte per il bando, tali da impedire la partecipazione, configurandosi peraltro in tal caso un vizio del procedimento che non ha carattere solo formale, attenendo ad un profilo essenziale di garanzia della trasparenza e della concorrenzialità della procedura¹¹⁷.

Per quanto attiene più specificamente alle autorizzazioni all'installazione di impianti pubblicitari, si enuncia il principio per cui l'assenza di pianificazione comunale preclude il rilascio di ulteriori autorizzazioni, non essendo in tale ambito le aree demaniali sottratte alla pianificazione comunale, quanto meno nei casi in cui gli impianti stessi siano visibili dalle strade comunali in conformità a quanto previsto dall'art. 23, co. 5 del codice della strada.

L'Amministrazione deve, però, individuare un termine per l'adozione del piano e, in caso di inerzia, gli interessati possono attivare gli opportuni rimedi di tutela, amministrativa e giurisdizionale.

¹¹⁷ Consiglio di Stato, sez. V, 25 agosto 2008, n. 4059; Tar Lazio, Roma, sez. II, 20 novembre 2009, n. 11396, in www.giustizia-amministrativa.it

Quanto alla necessità o meno di attivare una procedura di evidenza pubblica a fronte dell'unica domanda di subingresso e di rinnovo della concessione demaniale proposta dalla Damir (che non viene in realtà considerata tale, essendo già scaduta la precedente autorizzazione), viene ribadito il principio, già affermato dalla sentenza appellata, per cui *l'esigenza di trasparenza e di rispetto dei principi di concorrenza assume una portata generale, non limitata al solo settore dei contratti pubblici*.

Sotto questo profilo risultano, infatti, evidenti le similitudini tra le concessioni ed i contratti pubblici, considerando la comune rilevanza degli interessi pretensivi dei soggetti che aspirano ad ottenere i vantaggi economici offerti dall'amministrazione.

L'obbligo di seguire una procedura concorsuale sussiste *anche nei casi in cui non siano state previamente formulate istanze* per il conseguimento del bene dell'amministrazione, dato che l'interesse alla utilità economica del rapporto concessorio potrebbe ragionevolmente manifestarsi solo in seguito all'avvio di una procedura di evidenza pubblica.

Tale sentenza segue l'indirizzo giurisprudenziale, ormai consolidato, che ha recepito i principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria in tema di concessioni, stabilendo che il rispetto delle regole dettate dal Trattato UE impone di assentire le concessioni dei beni pubblici solo in esito ad una procedura di gara preceduta da idonea pubblicità e, qualora si tratti di rinnovo di concessioni di beni demaniali, la gara stessa deve essere *depurata da fattori di vantaggio a favore dell'eventuale precedente concessionario*¹¹⁸.

Nello stesso filone si colloca un'altra pronuncia¹¹⁹, che in materia di rinnovo e subingresso nella concessione demaniale marittima ha statuito che, trattandosi di attività di rilevanza economica oggetto di contratto da stipulare con una pubblica amministrazione, devono trovare applicazione le regole della Comunità europea sulla concorrenza ed in particolare gli *obblighi di parità di trattamento e di trasparenza*.

Ne discende che ogni interessato ha diritto di avere accesso alle informazioni adeguate prima che venga attribuita una concessione pubblica, di modo che, se

¹¹⁸ Consiglio di Stato sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168, in *Urbanistica e Appalti*, 2005, 3, 329 e ss.

¹¹⁹ T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 9 gennaio 2009, n. 12, in www.dirittodeiservizipubblici.it

lo avesse desiderato, sarebbe stato in grado di manifestare il proprio interesse a conseguirlo.

I principi generali del Trattato di non discriminazione, parità di trattamento e trasparenza sono, quindi, direttamente applicabili anche ai contratti ed alle fattispecie diverse da quelle concretamente contemplate dalla disciplina in materia di contratti pubblici, in particolare ai contratti diversi dagli appalti tali da suscitare l'interesse concorrenziale delle imprese e dei professionisti¹²⁰.

Il Trattato non contiene alcuna espressa menzione delle concessioni, ma dall'art. 81 discende il principio generale per cui tutte le concessioni, anche quelle aventi ad oggetto beni demaniali, devono essere assoggettate ai principi fondamentali¹²¹.

In questo contesto si inserisce anche la previsione di cui all'art. 18 del regolamento della navigazione in ordine all'obbligo di pubblicazione delle domande di concessione di particolare importanza per l'entità e lo scopo, che non distingue tra domande di concessione originarie e domande di rinnovo, ma che deve essere comunitariamente interpretata.

L'indifferenza comunitaria al *nomen* della fattispecie fa sì che la sua sottoposizione ai principi di evidenza trovi il suo presupposto sufficiente nella circostanza che, con la concessione demaniale marittima, si fornisce un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, così da imporre una procedura competitiva, ispirata ai principi di trasparenza e non discriminazione¹²².

La giurisprudenza in materia di rinnovo della concessione e diritto di insistenza ha, quindi, subito un'evoluzione. Da un atteggiamento iniziale, volto a privilegiare interpretazioni tese ad assicurare la prevalenza del principio del legittimo affidamento del precedente concessionario rispetto al principio della concorrenza¹²³, si è passati all'affermazione dell'applicazione diretta dei canoni comunitari e dell'obbligo di una procedura ad evidenza pubblica,

¹²⁰ Consiglio di Stato, sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 362. Cfr. De Gioia V., *Nota cit.*, 1006.

¹²¹ Corte di Giustizia CE, 25 aprile 1996, causa C- 87/94, in *Rivista trimestrale Appalti*, 1998, 105 e ss.

¹²² Consiglio di Stato, sez. VI, 30 settembre 2010, n. 7239, in *Giurisprudenza Italiana*, 2011, 2, 444 e ss. con nota di commento di Balocco G., *La concessione demaniale marittima tra diritto interno e principi comunitari*, 444 e ss.

¹²³ Cfr. Mangialardi G., *Nota cit.*, 1210

richiedendo successivamente una depurazione della procedura dai fattori di vantaggio che potessero favorire il concessionario uscente.

Il diritto di preferenza aveva profondamente mutato volto, ma il passo definitivo è stato compiuto dal legislatore espungendo dall'ordinamento un istituto in collisione con il diritto comunitario.

3. Le concessioni in ambito portuale e l'eventuale rilievo dei caratteri soggettivi del richiedente

Rivestono particolare interesse due pronunce del Consiglio di Stato, incentrate sul possibile rilievo da attribuire ai caratteri soggettivi del richiedente l'atto assentivo, nella ricerca di un equilibrio tra esigenze sociali ed interessi puramente economici, avendo come costante punto di riferimento le intrinseche potenzialità del bene, quale limite generale di coerenza cui le scelte amministrative devono attenersi¹²⁴.

La prima vicenda trae origine da ritrovamenti archeologici sottomarini nel porto di Baia, che avevano determinato il divieto di accesso per motonavi con pescaggio superiore a quattro metri.

Veniva pubblicato un avviso della Capitaneria, che rendeva noto che in attesa della riconversione del porto verso la funzione turistica sarebbero state rilasciate provvisoriamente licenze stagionali al fine di corrispondere alla pressante richiesta di posti di ormeggio ed assicurare occasioni di lavoro, fissando un termine per la presentazione delle istanze.

Al termine della valutazione comparativa venivano accolte le domande presentate dai soggetti che rappresentavano i lavoratori storici del porto e rigettate tutte le altre, sulla base della motivazione della necessità di coniugare l'interesse pubblico alla riconversione turistica del porto con il mantenimento dei livelli occupazionali anche per tutelare gli interessi della collettività, rappresentati dal Comune.

Il ricorso proposto in primo grado dagli esclusi era stato accolto, attribuendo al criterio della proficua utilizzazione del bene un significato economico aziendale, quale idoneità di proficua gestione correlata con la capacità economica dell'impresa, che implicava la necessità di privilegiare la maggiore capacità aziendale tra i richiedenti.

¹²⁴ Cfr. Tonoletti B., *Op. cit.*, 355 e ss.

Il T.A.R. per la Campania¹²⁵ evidenziava, inoltre, come anche ove si volesse ritenere la salvaguardia occupazionale sussumibile nel concetto di proficua utilizzazione, non si potrebbe mai addivenire ad attribuire al criterio guida di cui all'art. 37 cod. nav. una portata soltanto assistenziale in luogo di quella economico- aziendale.

Il Consiglio di Stato¹²⁶ ha confermato la decisione, ma correggendone in parte la motivazione.

I criteri di legge sono articolati in due elementi di giudizio, identificabili nella certezza di un più adeguato sfruttamento e nell'uso di più rilevante interesse pubblico. Nel secondo criterio poteva essere ricompreso anche l'interesse sociale al mantenimento dei livelli occupazionali, dato che all'amministrazione è affidato dall'art. 37 cod. nav. il compito di *individuare non il/i migliori in assoluto, ma colui o coloro che, con motivata ponderazione, risulti/risultino in grado di realizzare al meglio l'interesse pubblico ad una proficua utilizzazione del bene demaniale, tenendo conto del legame del bene con la collettività degli utenti, della complessiva offerta dei servizi e di altri obiettivi che l'Amministrazione, in modo logico, voglia perseguire.*

L'illegittimità del provvedimento deriva da un altro elemento, in quanto l'art. 37, se esclude una gara formale, prevede comunque *una selezione, al cui esito occorre dar conto dell'istruttoria compiuta e delle ragioni della preferenza con riguardo sia, in positivo, al/ai prescelto/i, sia per così dire, in negativo, ai "bocciati".* Ne discende che *i pareri comunali, effettivamente volti a privilegiare soltanto gli interessi di carattere sociale, potevano essere evocati, ma andavano sussunti in un contesto valutativo più neutrale, in quanto accanto al fine occupazionale non potevano essere trascurati gli altri dati valutativi di legge, che secondo la giurisprudenza riempiono il concetto di proficua utilizzazione in termini aziendalistici e di capacità professionale.*

Era, peraltro, mancata qualunque ponderazione in ordine alle ragioni per cui le occasioni di lavoro ed il mantenimento dello standard degli occupati non potessero essere garantiti anche dalle altre imprese richiedenti.

L'effetto conformativo della pronuncia è nel senso di prevedere la possibilità per l'Amministrazione di tener conto del *dato occupazionale* anche sul piano

¹²⁵ T.A.R. Campania, Napoli, 23 settembre 1999, n. 2505, in www.giustizia-amministrativa.it

¹²⁶ Consiglio di Stato, sez. VI, 16 novembre 2000, n. 6146, in www.giustizia-amministrativa.it

della finalità pubblica da perseguire, *quale secondo criterio, magari di peso preminente, potendo prevalere pur chi, in presenza di un'esperienza economica anche soltanto adeguata, sia in grado di rispettare il raggiungimento dell'interesse collettivo alla garanzia per le più elevate opportunità lavorative.*

Analoga vicenda è alla base di una pronuncia di poco successiva¹²⁷ relativa alla valutazione comparativa, avente ad oggetto la gestione di un piccolo porto turistico.

Veniva impugnato da una società privata il provvedimento della Capitaneria di porto di Cagliari, che respingeva la sua istanza di concessione della gestione del porto turistico Darsena Pescherecci di Carloforte, assegnata ai sensi dell'art. 37 cod. nav. all'associazione dei circoli nautici locali, la cui domanda era stata accolta in modo illegittimo, non essendole stati richiesti i requisiti di capacità economico- finanziaria pretesi al contrario dalla concorrente.

Tale scelta veniva giustificata dall'amministrazione sulla base della valorizzazione della peculiarità della natura dell'associazione, sia per la sua rappresentatività nel campo nautico locale, sia per la sua idoneità a salvaguardare gli aspetti sociali della gestione del porto e le esigenze dei pescatori del luogo, comprovata dalla partecipazione del Comune all'associazione.

L'opzione sarebbe stata pienamente rispondente all'interesse pubblico tutelato dalla normativa in tema di concessioni di beni pubblici, tesa a salvaguardare le esigenze della collettività locale piuttosto che quelle imprenditoriali.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto che si fosse concretizzata un'evidente disparità di trattamento nella valutazione comparativa, non giustificabile con il fine sociale perseguito da una delle due concorrenti, in quanto *se si seguisse questo argomento, solo un'impresa economica dovrebbe dimostrare di essere capace di una gestione proficua e corretta del bene pubblico, mentre un'associazione di diportisti, in virtù del suo carattere non lucrativo, sarebbe esentata da questo onere.*

Non sarebbe in altri termini possibile *creare un settore economico con finalità altruistiche, che per il solo motivo di valorizzare principi personalistici o sociali nella sua struttura, si debba veder riconosciuto uno status privilegiato*

¹²⁷ Consiglio di Stato, sez. VI, 4 giugno 2002, n. 3159, in www.giustizia-amministrativa.it

nel mercato dell'assegnazione dei beni scarsi, né si potrebbe in alcun modo sostenere che in tale ambito siano sempre da preferire le istanze di soggetti con finalità altruistiche, in quanto l'interesse pubblico può essere efficacemente coniugato con modalità imprenditoriali di gestione.

CAPITOLO III

I SOGGETTI AFFIDATARI DELLE CONCESSIONI DEMANIALE MARITTIME, PORTUALI ED OLTRE, PERCORSI DOTTRINALI E GIURISPRUDENZIALI.

Sommario: 1. Definizione dell'oggetto di ricerca e nozione di operatore economico nell'affidamento di contratti pubblici: le esigenze di semplificazione sottese alla disciplina attuale. 2. L'insostenibile asimmetria del principio di demanializzazione tacita e sdemanializzazione espressa sottesa dall'art. 35 Cod. nav.: la titolarità privata di beni pubblici dallo Stagno di Cabras al caso delle darsene scavate a secco su aree private. 3. Della legittimazione degli enti pubblici alla titolarità di concessioni demaniali marittime: il caso Conisma e del Comune di Eraclea. 4. Segue della legittimazione degli enti "no profit". 5. Il subingresso nella concessione demaniale marittima e la teoria dei "bene di secondo grado" nella tutela degli azionisti della concessionaria fallita. 6. La concessioni del demanio portuale quale occasione per la realizzazione dei cosiddetti cluster logistici.

1. Definizione dell'oggetto di ricerca e nozione di operatore economico nell'affidamento di contratti pubblici.

Nei capitoli che precedono si è sottolineata l'approssimazione, per stadi successivi, della disciplina comune dei contratti pubblici a quella delle concessioni in ambito demaniale e portuale.

Un cammino, quello di "volgarizzazione" della disciplina dei contratti pubblici, complesso e percorso non senza fatica da un legislatore refrattario e distonico nel recepire la sfida globale di un mercato unico mondiale, e non semplicemente europeo, imposta non soltanto dalla dematerializzazione delle frontiere interne, ma anche europee, in ambiti fino a non molto tempo fa impensabili, quali, nel caso di specie, le concessioni di beni pubblici.

L'esigenza di semplificazione perseguita, forse attraverso i difetti di un approccio casistico e non sistematico da parte del legislatore comunitario -

nella costruzione di un diritto unico dei contratti pubblici e privati, ha ulteriormente indebolito la teoria interna dei negozi pubblici.

D'altra parte il costante incremento e l'individuazione di nuovi e differenti interessi collettivi, affidati ad una pluralità di enti, non necessariamente pubblici in senso soggettivo, è espressione di una società che afferma nuovi bisogni di tutela in continua espansione.

Si produce, in tal modo, una tensione irrimediabile fra le richieste di snellimento dei procedimenti amministrativi e la tutela di interessi pubblici e di soggetti terzi.

La l. 84/94 ha rappresentato uno strumento per certi versi "sperimentale" di un nuovo modo di essere amministrazione del bene "demaniale", chiamata a "regolare" e non a "gestire" i processi produttivi in ambito portuale.

Le linee di tendenza del sistema continuano, d'altra parte, ad evolvere rapidamente verso forme di esercizio "virtuale" o silente del potere amministrativo, con conseguente, e forse soltanto apparente, riduzione dell'area di operatività dello strumento concessorio.

I vari regimi di eccezionalità delle singole modalità concessorie, quanto alle modalità pubbliche di scelta del contraente, si sono dunque come appiattiti ed uniformati rispetto ad un unico imperativo categorico di propulsione comunitaria: l'attribuzione mediante gara dei diritti di uso del bene pubblico al miglior offerente.

In realtà il processo, graduale e non ancora compiuto nella sua massima estensione, di uniformazione della legislazione nazionale al referente comunitario appare come attraversata da varie successive fasi, che possono essere al massimo descritte e non analizzate partitamente in conseguenza del loro divenire e dell'incertezza del loro conclusivo approdo.

Dapprima l'interprete si è limitato a conservare i vecchi istituti disciplinati dal Cod. della navigazione e dalle singole leggi speciali applicabili al "demanio marittimo" riorientandoli rispetto ai principi di derivazione comunitaria¹²⁸.

¹²⁸ Per la l'approfondimento della tematica del diritto di insistenza sia consentito rinviare al capitolo precedente per le linee di tendenza in atto cfr., invece, Relazione dell'Ufficio del massimario e del ruolo della Suprema Corte di Cassazione, *L'overruling giurisprudenziale in materia di processo civile*, disponibile alla pagina web <http://www.cortedicassazione.it>, 6. Ricorda, l'Ufficio studi del massimario nella relazione cit., che "Nei primi anni 60' del secolo scorso...la giurisprudenza, nella sua declinazione tipica di interprete del diritto, viene annoverata non già tra le fonti formali del diritto, ma tra quelle materiali, sicché nell'elaborazione concettuale di matrice tedesca, l'unico modo per giustificare il passaggio «da

Nei casi di “impossibilità” dell’operazione di salvataggio, è supplito l’intervento del legislatore che ha disapplicato o nuovamente disciplinato le fattispecie più complesse o di più difficile adattamento al nuovo clima.

Paradigmatica dell’atteggiamento difensivo e conservativo dell’*ancien régime* normativo, appare la giurisprudenza incline a recuperare e salvare, reinterpretandolo, il diritto di insistenza garantito, fino al suo superamento, dall’art. 37 del Cod. nav., nel nome di un’interpretazione del principio di affidamento tutt’affatto coerente con il granitico insegnamento comunitario¹²⁹.

La chiave di volta del sistema, almeno in tema di affidamento, è rappresentata dall’art. 34 del d.lgs. 163/06¹³⁰.

una serie di singole norme di origine giudiziale individuali a norme di carattere e portata generale, dotate di forza vincolante per successivi giudizi su casi analoghi è quella del diritto consuetudinario». Proprio attraverso il ricorso alla formazione di un “diritto consuetudinario giurisprudenziale”, era stata immaginata la possibilità di “salvare” il diritto di insistenza di cui all’art. 37 cod. nav., ante riforma ex art. 1, comma 18, D.L. 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, dalla L. 26 febbraio 2010, n. 25, purché nel confronto concorrenziale tra più aspiranti la procedura sia “depurata” dagli elementi di vantaggio per il precedente concessionario. Affermava, ancora nel 2009, il Consiglio di Stato che: “Anche se, nell’ambito delle concessioni demaniali marittime, risulta codificato il c.d. “diritto di insistenza” (in favore del precedente concessionario, in occasione della rinnovazione del rapporto concessorio), la codificazione di un tale diritto non può oscurare l’obbligo della Amministrazione concedente di assoggettare a procedura comparativa l’offerta del precedente concessionario, risultando solo in tal modo soddisfatto il prevalente interesse alla individuazione del soggetto contraente che offra migliori garanzie di proficua utilizzazione del bene per finalità di pubblico interesse”. (Cfr. Cons. Stato, 25 settembre 2009, n. 5765, in www.giustizia-amministrativa.it). L’antica formulazione dell’art. 37 del Cod. nav. attribuiva, a parità di condizioni, un diritto di preferenza del precedente concessionario rispetto agli altri aspiranti alla concessione.

¹²⁹ La vastità e la complessità del tema consiglia un rinvio al capitolo secondo ed in questa sede appare opportuno farvi soltanto cenno consigliando un rinvio all’amplessima casistica giurisprudenziale e dottrinale sedimentata sul tema; cfr., tra i contributi più recenti, Calvetti S., *C’era una volta il rinnovo dei contratti pubblici*, in *Urb. e appalti*, 2012, fasc. 4, 432 e ss.

¹³⁰ Cfr. Art. 34 del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 in *Gazz. Uff., S.O.*, 2 maggio 2006, n. 100, a tenore del quale a tenore del quale possono aggiudicarsi contratti pubblici i seguenti soggetti: “a) gli imprenditori individuali, anche artigiani, le società commerciali, le società cooperative; b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422, e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, e successive modificazioni, e i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443; c) i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell’articolo 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro, secondo le disposizioni di cui all’articolo 36; d) i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui alle lettere a), b) e c), i quali, prima della presentazione dell’offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l’offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti; si applicano al riguardo le disposizioni dell’articolo 37; e) i consorzi ordinari di concorrenti di cui all’articolo 2602 del codice civile, costituiti tra i soggetti di cui alle lettere a), b) e c) del presente comma, anche in forma di società ai sensi dell’articolo 2615-ter del codice civile; si applicano al riguardo le disposizioni dell’articolo 37; ((e-bis) le aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete ai sensi dell’articolo 3, comma 4-ter, del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33; si applicano le disposizioni dell’articolo 37)); f) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di

L'applicabilità dell'art. 34 del Codice dei contratti pubblici, nell'ambito delle concessioni demaniali marittime, potrebbe ricavarsi dalla "Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario" del 12 aprile 2000, cui conseguirebbe il definitivo superamento di qualsiasi rilevanza dell'elemento personalistico e fiduciario che ha finora connotato la concessione di questa tipologia di beni¹³¹.

La Circolare ha precisato che le norme del Trattato volte a garantire il corretto funzionamento del mercato unico sono, in linea di principio, applicabili anche alle concessioni, seppure dallo stesso non espressamente menzionate, e l'art. 34 del Codice dei contratti pubblici costituisce una mera specificazione di una norma direttamente applicabile dei Trattati comunitari.

Tali principi trovano applicazione, afferma la Circolare, anche per le concessioni di beni pubblici, in relazione alle quali emerge "l'indifferenza comunitaria al *nomen* della fattispecie, e quindi alla sua riqualificazione interna in termini pubblicistici o privatistici".

In nome del principio di trasparenza, la stessa Circolare, ha imposto alle amministrazioni aggiudicatrici l'obbligo di rendere pubblica, con adeguati mezzi, la loro intenzione di ricorrere allo strumento concessorio¹³².

gruppo europeo di interesse economico (GEIE) ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240; si applicano al riguardo le disposizioni dell'articolo 37. f-bis) operatori economici, ai sensi dell'articolo 3, comma 22, stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi".

¹³¹ Cfr. Il capitolo primo e l'analisi della rilevanza dell'*intuitus personae* in ambito concessorio. La Comunicazione citata è stata, invece, pubblica nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee il 29 aprile 2000, n. C121. In dottrina è possibile consultare: Leggiadro F., *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Urb. e appalti*, 2000, 1071 e ss.; Vallania E., *Le innovazioni apportate dalla Comunicazione interpretativa della Commissione nel settore delle concessioni pubbliche*, in *Riv. trim. app.*, 2000, 838 e ss.; Guccione C., *La comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 253 e ss. Il superamento dell'elemento personalistico e fiduciario, con conseguente restrizione della potestà discrezionale della pubblica amministrazione, in ordine alla scelta della qualificazione soggettiva dell'aspirante concessionario rappresenta, senza dubbio, uno degli elementi di modernizzazione cardinali di un processo selettivo trasparente specie con riferimento alle vicende successive della concessione, quali il subingresso, ex art. 46 del cod. nav., e l'affidamento ad altri soggetti delle attività oggetto della concessione ex art. 45bis del cod. nav.

¹³² La persistente attualità dello strumento concessorio, quale strumento a vocazione restrittiva della concorrenza, in ambito demaniale portuale e costiero è chiaramente giustificato, proprio nell'ottica di una rilettura comunitaria dell'istituto nel suo complesso, dalla più attenta dottrina che sottolinea come "Tra le misure elaborate dal diritto della concorrenza al fine di evitare che la posizione dominante assegnata agli operatori terminalisti possa condurre ad una perniciosa limitazione della concorrenza, si ricorda quella che, secondo la teoria delle *essential facilities*, garantisce alle imprese autorizzate all'esecuzione delle operazioni portuali e prive di spazi ad essa riservati l'accesso alle infrastrutture concesse ai terminalisti", Giardini A., *I porti e i*

A scanso di equivoci è delineato, nel medesimo testo, il contenuto dell'obbligo di pubblicità incumbente sulle amministrazioni, esteso alle informazioni necessarie affinché tutti i potenziali contraenti, *rectius* aspiranti concessionari, siano in condizioni di valutare il loro interesse a prendere parte alla selezione.

Più in particolare è previsto che tale obbligo comunicativo ricada sui criteri di selezione e di attribuzione del titolo concessorio nonché sull'oggetto della concessione e sulle controprestazioni richieste al concessionario.

Non vi è dunque ragione di dubitare che, in attuazione di un differente principio comunitario comunque citato nella Circolare, quello di non discriminazione, possa essere individuata nell'art. 34 del Codice dei contratti pubblici una norma di chiusura del sistema quanto all'individuazione dei soggetti aggiudicatari.

Il Giudice amministrativo ha ulteriormente chiarito che, ai fini dei principi di evidenza pubblica, è irrilevante che la fattispecie sia riconducibile al settore degli appalti o delle concessioni poiché, con riguardo a questo aspetto, l'atto concessorio si distingue dall'appalto soltanto per le modalità di remunerazione dell'opera del concessionario¹³³.

servizi portuali, in Zunarelli S., *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia (diretto da Galgano F.)*, Padova, 2008, 344.

¹³³ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 25 gennaio 2005, n. 168, in *Cons. Stato*, 2005, I, 178. La decisione, Est. Giudice Caringella F., si segnala per la sua chiarezza. Secondo il Collegio che: "Il principio di parità di trattamento implica che le amministrazioni concedenti pur essendo libere di scegliere la procedura di aggiudicazione più appropriata alle caratteristiche del settore interessato e di stabilire i requisiti che i candidati devono soddisfare durante le varie fasi della procedura, debbano poi garantire che la scelta del candidato avvenga in base a criteri obiettivi e che la procedura si svolga rispettando le regole e i requisiti inizialmente stabiliti (cfr. Corte di Giustizia, sentenza 25 aprile 1996, causa C-87/94 *Bus Wallons*, punto 54). La Commissione individua quali esempi di pratiche contrarie alla parità di trattamento quelle che permettono l'accettazione di offerte non conformi al capitolato d'onori o modificate successivamente alla loro apertura ovvero la presa in considerazione di soluzioni alternative qualora la possibilità non sia stata prevista dal progetto iniziale. La sottoposizione delle concessioni di servizi al principio di non discriminazione, in particolare in base alla nazionalità, è stato recentemente confermato anche dalla giurisprudenza comunitaria, che ha precisato come l'obbligo di trasparenza a cui sono tenute le amministrazioni consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione (Corte di giustizia, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, cit., considerato n. 62)". La circostanza che le direttive comunitarie in materia di appalti siano attuative dell'art. 81 del Trattato porta in sostanza a ritenere che queste norme siano puramente applicative, con riferimento a determinati appalti, di principi generali che, essendo sanciti in modo universale dal Trattato, sono ovviamente vevoli anche per contratti e fattispecie diverse da quelle concretamente contemplate. Donde l'immediata operatività dei principi, sopra esposti con riferimento alla concessione di servizi, anche agli appalti sottosoglia (vedi la circolare del Dipartimento per le Politiche comunitarie del 30.6.2002 ove si richiama l'ordinanza 3 dicembre 2001, in C-59/00, e sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324, *Teleaustria c. Post & Telekom Austria*, rese dalla Corte di Giustizia), ed ai contratti diversi dagli appalti tali da

suscitare l'interesse concorrenziale delle imprese e dei professionisti e, infine, alle stesse concessioni di beni pubblici di rilevanza economica. La Corte di giustizia ha in particolare statuito che “sebbene le direttive comunitarie che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici si applichino soltanto ai contratti il cui valore supera un determinato limite previsto espressamente in ciascuna delle dette direttive, il solo fatto che il legislatore comunitario abbia considerato che le procedure particolari e rigorose previste in tali direttive non sono adeguate allorché si tratta di appalti pubblici di scarso valore, non significa che questi ultimi siano esclusi dall'ambito di applicazione del diritto comunitario” (v., in tal senso, ordinanza 3 dicembre 2001, in C-59/00, punto 19). Già in precedenza il giudice comunitario aveva sottolineato la necessità del rispetto del principio di trasparenza anche per gli appalti non rientranti espressamente nella sfera di applicazione di una direttiva, ricordando che “nonostante il fatto che siffatti contratti, allo stadio attuale del diritto comunitario, siano esclusi dalla sfera di applicazione della direttiva 93/38, gli enti aggiudicatori che li stipulano sono ciò nondimeno tenuti a rispettare i principi fondamentali del Trattato in generale, e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità in particolare” (sentenza 7 dicembre, 2000, in C-324/98, *Teleaustria c. Post & Telekom Austria*, punto 60). Prendendo le mosse da siffatte considerazioni la Corte di Giustizia ha rimarcato che anche per un appalto pubblico di lavori non eccedente il valore limite previsto dalla direttiva 93/37, “l'articolo 30 del Trattato osta a che un'amministrazione aggiudicatrice inserisca nel capitolato d'oneri relativo al detto appalto una clausola che prescrive per l'esecuzione di tale appalto l'impiego di un prodotto di una determinata marca senza aggiungere la menzione o “equivalente” (Corte Giust. Ord. 3 dicembre 2001 cit., ove si mette in rilievo come la riserva del mercato ai soli offerenti che intendano utilizzare materiali prodotti in un certo Stato, nella specie l'Irlanda, può ostacolare le correnti d'importazione nel commercio intracomunitario, in contrasto con l'articolo 30 del Trattato; v., in tal senso, sentenza Corte Giust. 24 gennaio 1995, causa c- 359/93, Commissione/93). Anche il Consiglio di Stato, riconoscendo la giurisdizione del giudice amministrativo in un appalto di servizi di importo inferiore a quello previsto dalla disciplina comunitaria, ai sensi dell'articolo 33, lettera d), nel testo attuale del d. lgs. n. 80 del 1998 e dell'articolo 6, comma 1, della legge n. 205 del 2000, ha richiamato e condiviso gli orientamenti della Corte di Giustizia, puntualizzando che norme comunitarie vincolanti ben possono imporsi oltre il ristretto ambito applicativo delle direttive sugli appalti e che i sistemi di scelta del contraente ispirati alla *par condicio* presentano sempre i medesimi requisiti strutturali e richiedono, sul fronte del contenzioso, le medesime tecniche di indagine e giudizio (cfr. decisione del Consiglio di Stato, Sezione IV, 15 febbraio 2002, n. 934, Consiglio nazionale dei Chimici c. Azienda elettrica città di Bolzano). In un'altra precedente decisione i giudici di Palazzo Spada avevano già esteso la giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie pertinenti a gare ad evidenza pubblica di importo inferiore alla soglia comunitaria espletate da una società avente i caratteri sostanziali dell'organismo di diritto pubblico (cfr. decisione del Consiglio di Stato, Sezione VI, 2 marzo 2001, n.1206, relativa a Poste Italiane s.p.a.). Nelle citate decisioni, i giudici amministrativi hanno richiamato la posizione della Commissione UE, secondo la quale, anche nei casi in cui non trova applicazione la direttiva sugli appalti di servizi (in particolare, nel caso delle concessioni di pubblici servizi) la scelta del contraente incontra i limiti indicati dalle norme del Trattato in materia di libera prestazione di servizi e dai principi generali del diritto comunitario, tra cui la non discriminazione, la parità di trattamento, la trasparenza. Si impone così una scelta ispirata a criteri obiettivi e trasparenti, tali da assicurare in ogni caso la concorrenza tra i soggetti interessati (v. i progetti di comunicazione interpretativa della Commissione del 24.2.1999 e del 12.4.2000; v. anche, per l'affermazione dei medesimi principi e per la rilevanza generale degli obblighi di trasparenza nella scelta dei contraenti, specie quando si tratta di servizi pubblici, Corte di Giustizia CE, 7 dicembre 2000, C-324/98). La giurisprudenza amministrativa, pur citando principi espressi dalla Corte di Giustizia con riferimento alle concessioni di servizi pubblici, che è figura diversa dall'appalto di servizi, ha riconosciuto agli stessi “una portata generale che può adattarsi ad ogni fattispecie che sia estranea all'immediato ambito applicativo delle direttive sugli appalti. Del resto, è utile ricordare che la tradizione dell'ordinamento interno è sempre stata quella di favorire la libera scelta del concessionario, introducendo ampie deroghe al regime dell'evidenza pubblica, e di considerare con maggior rigore, all'opposto, proprio la scelta del contraente appaltatore (dec. n. 934/2002 cit.)”.

La labilità della distinzione teorica tra appalto di beni ed appalto di servizi è chiaramente percepibile con riguardo alle concessioni con finalità turistico-ricreativa di stabilimenti balneari.

L'attitudine della risorsa costiera ad essere impiegata per finalità connesse allo svago ed all'imprenditorialità turistica ha condotto ad un'evoluzione dinamica del concetto di concessione dello stesso bene, non più coincidente con il solo sedime di svolgimento dell'attività ma esteso alle attività, *alias* servizi, ad esso connessi¹³⁴.

Nella decisione del Consiglio di Stato richiamata, cd. *Lignano Sabbiadoro*, la ricorrente, una società consortile costituitasi allo scopo di concorrere all'assegnazione di una concessione demaniale marittima nell'ambito di un compendio già oggetto di concessione quarantennale a favore dell'Azienda di Promozione Turistica controinteressata, proponeva impugnazione avverso la decisione di primo grado, che aveva consolidato l'affidamento della concessione all'A.P.T. citata.

Il Giudice d'appello¹³⁵, nel riformare la decisione di primo grado, ha puntualizzato che le norme comunitarie in tema di appalti pubblici non trovano applicazione soltanto con riguardo al modello del cosiddetto "*in house*"¹³⁶, nei confronti del quale è ammissibile l'affidamento diretto della gestione poiché ricorre, tra l'ente concedente e l'ente concessionario, un rapporto qualificabile nei termini di una delegazione organica che non configura una reale alterità tra le parti¹³⁷.

¹³⁴ Nell'ambito del demanio marittimo si è verificata un'evoluzione non dissimile da quella che ha attraversato altre tipologie di beni pubblici. In dottrina, con riguardo alla concezione di "bene aeroportuale", è stato osservato che "la natura dei beni in questione attiene ormai esclusivamente all'accezione di carattere statico del termine aeroporto, coincidente con il concetto di "infrastruttura aeroportuale", assumendo tuttavia ben maggior rilievo, ai fini della regolamentazione, l'accezione cosiddetta "dinamica" dello stesso, ossia la più complessa nozione di "impresa aeroportuale", inerente alla gestione degli impianti e delle infrastrutture, nonché l'organizzazione e gestione di ulteriori attività strumentali", cfr. Magrini E.I., *Gli aeroporti e i servizi aeroportuali*, in Zunarelli S., *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia – Il diritto del mercato del trasporto (diretto da Galgano F.)*, Padova, 2008, 349.

¹³⁵ Per un'ampia ed accurata analisi della decisione richiamata e dei suoi risvolti applicativi si legga Tonoletti B., *Op. cit.*, 413 e ss.

¹³⁶ In dottrina, Salamone L., *Concessioni demaniali, in house providing e società miste: non costituisce titolo preferenziale per il rilascio di una concessione demaniale la pretesa identità tra l'Ente pubblico territoriale e la costituenda società mista*, in *Dir. mar.*, 2008, 2, 493 e ss.; Benetazzo C., *Concessione di beni pubblici e tutela della concorrenza*, in *Foro amm. CDS*, 2010, 7-8, 1463.

¹³⁷ Nella decisione citata si legge che: "Si è in particolare chiarito che "la normativa europea in tema di appalti pubblici, in particolare di servizi, non trova applicazione (e pertanto

Minimo comune denominatore nella lunga enumerazione legislativa dell'art. 34 Cod. contratti pubblici, è quindi la figura di "operatore economico" sostanzialmente nuova nel nostro ordinamento e capace di mettere in crisi il tradizionale principio fiduciario, nella stretta accezione di tendenziale immutabilità dell'originario concessionario per tutta la durata del rapporto, alla base della concessione di beni demaniali marittimi e portuali.

La nozione di operatore economico viene tratteggiata con linee molto ampie e sfumate dallo stesso legislatore comunitario, la finalità dichiarata è quella di garantire la massima contendibilità delle prestazioni di servizi e delle concessioni di beni in un'ottica di apertura liberistica e deregolamentata dei singoli mercati di riferimento, lasciando, al contempo, agli Stati membri, la possibilità di adattare la nozione comune alle specificità dei Paesi aderenti all'Unione¹³⁸.

La storica eccezionalità di disciplina dei beni pubblici è destinata ad essere presumibilmente superata e la reazione dei precedenti titolari di atti autorizzativi e concessori si tradurrà, con elevata probabilità, nella richiesta di un titolo stabile di proprietà o di godimento dei beni concessi¹³⁹.

l'affidamento diretto della gestione del servizio è consentito anche senza ricorrere alle procedure di evidenza pubblica prescritte dalle norme comunitarie) solo quando manchi un vero e proprio rapporto giuridico tra l'ente pubblico e il soggetto gestore, come nel caso, secondo la terminologia della Corte di Giustizia, di delegazione interorganica o di servizio affidato, in via eccezionale, "*in house*" (cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal*). In altri termini, quando un contratto sia stipulato tra un ente locale ed una persona giuridica distinta, l'applicazione delle direttive comunitarie può essere esclusa nel caso in cui l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e questa persona (giuridica) realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano. Segnatamente, ad avviso delle istituzioni comunitarie per controllo analogo s'intende un rapporto equivalente, ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di subordinazione gerarchica; tale situazione si verifica quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell'ente pubblico sull'ente societario. In detta evenienza, pertanto, l'affidamento diretto della gestione del servizio è consentito senza ricorrere alle procedure di evidenza pubblica prescritte dalle disposizioni comunitarie innanzi citate⁷.

¹³⁸ La nozione di operatore economico non coincide del tutto con quella di impresa declinata dall'ordinamento comunitario. Cfr., in dottrina, Orrù E., *Il sostegno finanziario pubblico nel settore dei servizi di trasporto*, in Zunarelli S., *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia (diretto da Galgano F.)*, 187. L'A. ricorda che "In base all'*acquis communautaire*...è impresa qualsiasi soggetto, pubblico o privato, che svolga un'attività economicamente rilevante, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento". Con riferimento alla figura di operatore economico sembra in certo senso trascolorare anche la necessità della rilevanza dell'attività economica esercitata essendo sufficiente l'esistenza e la potenziale destinazione al mercato.

¹³⁹ Cfr. Di Giandomenico G., *Demanialità marittima e subingresso nella concessione di porti turistici*, in *Foro amm. CDS*, 2004, 7-8, 2354 e ss.

La monetizzazione immediata, ed al di sotto del reale valore di mercato dei beni affidati in concessione nel corso del tempo, potrebbe rappresentare una facile via d'uscita per un legislatore sommamente attento al conseguimento immediato di benefici di cassa, ma potrebbe essere anche corso il rischio di sottostimare le conseguenze di lungo periodo dell'affermarsi di una nozione più limitata di bene demaniale già oggi posto in alterità con la categoria giurisprudenziale del bene comune¹⁴⁰.

L'obiettivo perseguito costantemente dall'Unione Europea, con riferimento all'individuazione dei soggetti che possono prendere parte a selezioni pubbliche d'affidamento di lavori e di servizi, è quello della più ampia partecipazione della platea di soggetti potenzialmente interessati indipendentemente dallo Stato di residenza dell'operatore economico¹⁴¹.

L'addentellato comunitario di riferimento è certamente rappresentato dall'art. 1, co. 8, della direttiva 2004/18/CE, in ragione del quale "I termini "imprenditore", "fornitore" e "prestatore di servizi" designano una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti che offra sul mercato, rispettivamente la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti o servizi. Il termine "operatore economico" comprende l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi. È utilizzato unicamente per semplificare il testo...".

Lungi dall'essere concetto immediatamente percepibile e chiaro, al cuore della nozione comunitaria di operatore economico si pone l'offerta di beni e di servizi.

¹⁴⁰ Cfr. Cass., sez. un., 14 febbraio 2011, n. 3665, in *Giornale di dir. amm.*, 1170 e ss., con nota di Cortese F., *Dalle valli da pesca ai beni comuni: La Cassazione rilegge lo statuto dei beni pubblici?*. Secondo l'A. "Muovendo dalla necessità di dirimere un lungo e complesso contenzioso circa la natura giuridica delle valli da pesca nella laguna di Venezia, il Supremo Collegio approda ad una complessiva rilettura, costituzionalmente orientata, dello statuto giuridico dei beni pubblici. In particolare, le Sezioni unite hanno preso spunto dai principi desumibili dagli artt. 2, 9 e 42 Cost., dalle evoluzioni legislative dell'ultimo ventennio e da noti orientamenti dottrinali, per affermare che il carattere demaniale di un bene non appare esaustivo per individuare beni, qualificabili come "comuni", che, per loro intrinseca natura, sono caratterizzati da un godimento collettivo ovvero che, indipendentemente dal titolo di proprietà pubblico o privato, risultano funzionali ad interessi della stessa collettività. Simili beni, per loro natura, radicano in capo all'amministrazione oneri di *governance* tali da rendere effettive le varie forme di godimento e di uso pubblico degli stessi".

¹⁴¹ Cfr. Caranta R., *Forma giuridica dei partecipanti alla gara e R.T.I.*, in Garofoli-Sandulli, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005, 558-9.

L'operatore economico non coincide, *sic ac simpliciter*, con la nozione di imprenditore che “esercita professionalmente un'attività economica organizzata ai fini della produzione o dello scambio di beni e servizi”, ex art. 2082 c.c., non essendo decisivi gli estremi della professionalità nell'attività esercitata e dell'organizzazione della medesima¹⁴².

Elemento caratterizzante della nozione è, infatti, il mero dato oggettivo della prestazione di beni e di servizi nel mercato.

Secondo la Commissione Europea: “Affinché un determinato servizio si configuri come attività economica ai sensi delle regole del mercato interno...deve possedere la caratteristica essenziale di essere fornito dietro retribuzione. Tuttavia, non occorre necessariamente che il servizio sia pagato dai beneficiari. Il carattere economico di un servizio non dipende dallo status giuridico del prestatore (ad esempio un ente non a scopo di lucro) né dalla natura del servizio, bensì dalle modalità di prestazione, organizzazione e finanziamento di una determinata attività”¹⁴³.

Benché quindi una lettura teleologicamente orientata della disposizione in esame consenta di affermare il diritto partecipativo della più ampia platea di soggetti, si è dubitato dell'originaria compatibilità con la disciplina comunitaria dell'art. 34 d. lgs. 163/2006 nella misura in cui appariva di ostacolo alla partecipazione di enti pubblici.

La Commissione europea, con lettera di costituzione in mora del 30 gennaio 2008, ha quindi preannunciato, ai sensi dell'art. 226 del Trattato, il possibile avvio di una procedura d'infrazione nei confronti dell'Italia.

¹⁴² C.G.C.E., 16 marzo 2004, in cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C355/01, AOK Bundersverband, in *Giur. It.*, 2004, 2025, con nota di Di Comite V., *La nozione di impresa nell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*. L'A. ricorda che nella giurisprudenza comunitaria la figura di imprenditore coincide con quella di qualsiasi soggetto eserciti un'attività economica, indipendentemente dalle sue fonti di finanziamento o dal suo statuto giuridico. La stessa nozione di attività economica è suscettibile di interpretazione estensiva ricadendo nel suo ambito qualsiasi forma di offerta di beni o di servizi su un determinato mercato. Pone l'accento, la costante giurisprudenza comunitaria, sulla superfluità del fine di lucro a scopi definitivi. Ne consegue una nozione meramente descrittiva ed obiettiva di impresa, intesa come organo proteriforme il cui unico elemento capace di esprimere consistenza definitiva è rappresentato dalla semplice offerta di beni e di servizi. Cfr. anche Crismani A., *La partecipazione alle gare di operatori economici pubblici*, in *Scritti in onore del prof. Marco Giusti*, Torino, 2009, 273 e ss.

¹⁴³ Cfr. Comunicazione della Commissione Europea del 20 novembre 2007 dedicata ai “Servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo” COM(2007) 725 def, punto 2.1.

Il legislatore è corso al riparo con la formulazione del comma f-bis che permette di estendere alla disposizione citata a tutti gli operatori economici costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi ordinamenti nazionali.

La dottrina, in questo caso, non ha mancato di osservare come una siffatta formulazione potesse nascondere una nuova sottostimata insidia.

In particolare si è osservata la possibilità per un operatore economico europeo di partecipare con maggiore ampiezza alle selezioni per l'affidamento italiane rispetto alla possibilità riservata agli operatori economici pubblici interni¹⁴⁴.

Problematica rimessa alla prudente interpretazione, comunitariamente orientata, dell'interprete.

2. L'insostenibile asimmetria del principio di demanializzazione tacita e sdemanializzazione espressa sottesa dall'art. 35 Cod. nav.: la titolarità privata di beni pubblici dallo Stagno di Cabras al caso delle darsene scavate a secco su aree private.

A partire dalla seconda metà del novecento è stata avvertita in modo sempre più crescente l'esigenza di garantire un livello elevato di tutela ai diritti fondamentali dell'uomo non soltanto all'interno dei singoli ordinamenti nazionali, ma anche in una dimensione sovranazionale in una prospettiva di progressivo avvicinamento e di tendenziale compenetrazione tra i diversi sistemi giuridici.

Nell'ambito di questo lavoro monografico, dedicato alla figura del concessionario di beni del demanio marittimo, occorre, in limine alle considerazioni svolte nei capitoli precedenti, riflettere sulla possibilità teorica di affermazione della proprietà privata di beni pubblici o demaniali.

Lo spunto della riflessione, che equipara, sul piano delle figure soggettive dei titolari del bene "ontologicamente demaniale", lo Stato da un lato e il cittadino dall'altro, è tratto dalla ricca casistica giurisprudenziale relativa al conflitto fra

¹⁴⁴ L'acuta osservazione è di Chirulli P., *I soggetti ammessi alle procedure di affidamento degli appalti di lavori, servizi e forniture*, in Franchini C., *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010, 351. Ne consegue, secondo l'A. citato, il rischio di una discriminazione a rovescio, destinata a riverberare i suoi effetti sui soggetti "italiani" a discapito dei competitori pubblici stranieri sempre ammessi alle condizioni stabilite dai rispettivi ordinamenti in una sorta di "rinvio mobile" alle legislazioni straniere applicabile in virtù del richiamo "aperto" contenuto nella disciplina nazionale.

singoli ed autorità amministrative, originato dall'esercizio, nella più parte dei casi immemorabile, e talora abusivo, di un potere di fatto corrispondente al contenuto del diritto di proprietà su un bene pubblico o *latu sensu* demaniale.

Il consolidato insegnamento della Suprema Corte di Cassazione non sembrerebbe lasciare margini di dubbio o di incertezza di sorta affermando che: “siccome la demanialità necessaria di un bene è qualità che deriva originariamente ad esso dalla corrispondenza con uno dei tipi normativamente definiti (art. 822 cod. civ. comma 1 e art. 28 cod. nav.), la natura demaniale (del bene) permane anche qualora una parte di esso sia stata utilizzata per realizzare una strada comunale, atteso che ciò non implica né la sdemanializzazione della restante parte, quella meno vicina al mare, né la libera occupabilità da parte dei privati; poiché il possesso delle cose di cui non si può acquistare la proprietà è senza effetto, l'attitudine (del bene) a realizzare i pubblici usi del mare, costituente presupposto della sua appartenenza al demanio marittimo, non può dirsi venuta meno per il semplice fatto che il privato abbia iniziato ad esercitare su di esso un potere di fatto, realizzandovi opere e manufatti, per di più senza il permesso dalla competente amministrazione”¹⁴⁵.

D'altra parte è lo stesso ordinamento a concepire l'incertezza del regime proprietario di un bene demaniale dettando il procedimento di delimitazione dell'art. 32 Cod. nav.¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Cfr. Cass., sez. II, 11 maggio 2009, n. 10817, in *Dir. Mar.*, 2009, 754. All'analisi giurisprudenziale è dedicato il secondo capitolo di questo lavoro, al quale si rimanda, rimanendo da esaminare soltanto gli aspetti connessi alla possibilità teorica di titolarità privata di beni ordinariamente considerati demaniali.

¹⁴⁶ Nella norma, che appare necessario riprodurre nella sua integralità, si legge che “Il capo del compartimento marittimo, quando sia necessario o se comunque ritenga opportuno promuovere una delimitazione di determinate zone del demanio marittimo, invita, nei modi stabiliti dal regolamento le pubbliche amministrazioni ed i privati che possono avervi interesse a presentare le loro deduzioni ed assistere alle relative operazioni. Le contestazioni che sorgono nel corso della delimitazione sono risolte in via amministrativa dal direttore marittimo, di concerto con l'intendente di finanza, con provvedimento definitivo. In caso di accordo di tutte le parti interessate il provvedimento del direttore marittimo dà atto nel relativo processo verbale dell'accordo intervenuto. Negli altri casi il provvedimento deve essere comunicato, con i relativi documenti, al ministro per la marina mercantile, il quale entro sessanta giorni dalla ricezione può annullarlo con suo decreto, da notificarsi, entro i dieci giorni successivi, agli interessati per tramite del direttore marittimo. In caso di annullamento, la risoluzione in via amministrativa della contestazione spetta al ministro per la marina mercantile, di concerto con quello per le finanze. Nelle controversie innanzi alle autorità giurisdizionali, la tutela dei beni demaniali spetta esclusivamente al ministro per le finanze”.

In precedenza si è ricordato il disposto dell'art. 28 del Cod. nav., a mente del quale sono parte del demanio marittimo “a) il lido, la spiaggia, i porti, le rade; b) le lagune, le foci dei fiumi che sboccano in mare, i bacini di acqua salsa o salmastra che almeno durante una parte dell'anno comunicano liberamente col mare; c) i canali utilizzabili ad uso pubblico marittimo”, e dell'art. 822 Cod. civ., che precisa ulteriormente come appartengano allo Stato il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti, i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia nonché le opere destinate alla difesa nazionale. Proprio la necessaria proprietà statale dei beni sopra elencati è messa in crisi dall'adesione dell'Unione Europea alla Cedu e dalla ricerca di un nuovo nucleo di diritti soggetti, che preesisterebbero alla stesse Carte fondamentali, compresa quella Costituzionale.

La riflessione indotta dai tragici avvenimenti legati al secondo conflitto mondiale, all'azzeramento e al misconoscimento dei valori della persona umana ha reso possibile il passaggio dalla concezione hegeliana dello Stato, incentrata sulla subvalenza dei diritti dei singoli rispetto all'interesse della collettività, alla concezione attuale, che al contrario individua un nucleo di diritti fondamentali alla cui tutela lo Stato è funzionalmente preordinato, tanto da non poterli sacrificare in virtù di un interesse pubblico contrapposto.

Si tratta in altri termini di diritti inaffievolibili, ai quali l'ordinamento giuridico deve garantire una tutela assoluta¹⁴⁷.

Il carattere differenziale dei diritti fondamentali rispetto ad altre posizioni di diritto soggettivo perfetto, che si sostanziano nell'attribuzione di un potere al soggetto in vista della realizzazione di un interesse, si rinviene proprio nel loro carattere originario, che non necessita di alcun conferimento da parte dell'ordinamento, che si limita a riconoscerli.

Ne discende l'impossibilità di individuare in modo definitivo tali diritti, che rappresentano un catalogo aperto in continuo divenire, risentendo dell'evoluzione sociale e dell'interferenza tra fonti interne e fonti sovranazionali.

La tradizionale impostazione, che li identificava con i diritti della personalità, come la vita, la salute, l'integrità fisica, l'identità personale, l'onore, la

¹⁴⁷ Cfr. diffusamente Sconditti E., *Il giudice comune e la tutela dei diritti fondamentali di fonte sovrazionale*, in *Foro It.* 2010, part. IV, 42 e ss.

riservatezza, concepiti come valori immanenti e coesenziali alla persona fisica, è forse destinata ad un ripensamento in un sistema multilivello, che sembra aprirsi a dimensioni diverse dell'essere umano, includendo nel novero dei diritti fondamentali anche il diritto di proprietà, specificamente tutelato dall'art. 1 del Protocollo addizionale della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali e dall'art. 17 della Carta di Nizza, in un'ottica che appare diversa dalla concezione funzionale di cui all'art. 42 della Costituzione.

La coesistenza di fonti interne, comunitarie e convenzionali rende complessa la tutela giudiziale dei diritti fondamentali, ponendo un problema di individuazione delle fonti e delle modalità di penetrazione delle stesse nell'ordinamento interno¹⁴⁸.

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che conferisce alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (cosiddetta Carta di Nizza) lo stesso valore giuridico dei trattati e sancisce l'adesione dell'Unione alla Cedu, riconoscendo che i diritti in essa garantiti fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali (art. 6 T.U.E.), apre nuovi scenari nelle relazioni tra giudice, leggi e tutela dei diritti fondamentali.

Diviene essenziale stabilire entro quali limiti sia possibile una tutela giudiziale diretta da parte del giudice comune dell'Unione e del giudice comune della Cedu dei diritti riconosciuti dalla Carta di Nizza e dalla Convenzione stessa, se divenga possibile un uso generalizzato dello strumento della disapplicazione della norma interna e quale sia il punto di equilibrio tra carte sovranazionali e costituzioni nazionali, tra magistratura comune e Corti costituzionali¹⁴⁹.

¹⁴⁸ L'ammissibilità del potere di disapplicazione da parte del giudice italiano della disposizione interna contrastante con la normativa comunitaria ha rappresentato un faticoso punto d'arrivo per la giurisprudenza costituzionale, che partendo da una posizione di totale chiusura è giunta ad ammetterlo senza accettare la concezione monista della Corte di Giustizia, che ricostruisce il rapporto tra ordinamento comunitario ed ordinamento degli Stati membri in termini di integrazione. Ne discende che qualunque antinomia andrebbe risolta applicando il criterio gerarchico, assicurando il primato della norma comunitaria od europea, che rende *ipso iure* inapplicabile qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente ed impedirebbe successivamente la formazione di atti legislativi nazionali nella misura in cui gli stessi siano incompatibili con norme comunitarie. Alternativamente la disapplicazione della norma interna contrastante determinerebbe una mera quiescenza della stessa che tornerebbe ad espandersi nel caso, ormai non più soltanto teorico, di dissoluzione dell'ordinamento europeo.

¹⁴⁹ Il controllo diffuso potrebbe, inoltre, ingenerare mediante l'interpretazione difforme da parte dei diversi organi giudiziari una disparità di trattamento a fronte di lesioni della stessa gravità dei diritti fondamentali. In senso contrario si può obiettare che la difformità d'interpretazione in materia di tutela dei diritti fondamentali si può riscontrare anche ove la fonte sia interna. La reversibilità del controllo diffuso, a fronte di un mutamento d'indirizzo in

Ai nostri limitati fini occorre verificare, specialmente in relazione alla dimensione applicativa dell'art. 35 del Codice della navigazione¹⁵⁰, il rapporto tra questa norma di diritto interno e la tutela della proprietà privata come affermata nella Carta Cedu.

Secondo un'impostazione tralatizia, invero recepita acriticamente sia in dottrina che in giurisprudenza¹⁵¹, nel nostro ordinamento il carattere della demanialità "marittima" di un bene è connesso ad una vocazione naturale del medesimo a soddisfare i cosiddetti pubblici usi del mare mentre la cessazione della demanialità stessa non può mai essere tacita, quindi oggetto di un semplice atto amministrativo di ricognizione della cessata demanialità, ma deve essere espressa, essendo necessaria una specifica manifestazione di volontà abdicativa della pubblica amministrazione competente.

Dottrina e giurisprudenza, prendendo le mosse dall'elencazione tassativa dei beni demaniali marittimi contenuta negli artt. 822 cod. civ. e 28 cod. nav.,

ordine alla valutazione di compatibilità comunitaria, potrebbe, inoltre, rivelarsi più adeguata alle esigenze evolutive dell'ordinamento rispetto alla definitiva espunzione di una norma dall'ordinamento cui conduce il controllo accentrato, funzionale alla diversa esigenza di certezza del diritto. In linea di principio potrebbe ammettersi la coesistenza di un controllo di comunitarietà diffuso della norma nazionale, quanto alla sua compatibilità con il diritto fondamentale riconosciuto dall'Unione, affidato al giudice comune con accertamento incidentale in relazione alla singola controversia ed il controllo accentrato affidato alla Corte Costituzionale con effetti *erga omnes* nel quale la norma comunitaria sul diritto fondamentale si pone quale norma interposta.

¹⁵⁰ Vale la pena riportare integralmente il testo dell'art. 35 del Cod. nav., intitolato all'esclusione di zone del demanio marittimo, "Le zone demaniali che dal capo del compartimento non siano ritenute utilizzabili per pubblici usi del mare sono escluse dal demanio marittimo con decreto del Ministero dei Trasporti e della navigazione di concerto con quello per le finanze".

¹⁵¹ In dottrina si segnala l'attenta ricostruzione di Di Dio F., *Controversie sulla demanialità marittima e inconfigurabilità della sdemanializzazione tacita*, in *Dir. Mar.*, 2009, 753 e ss. L'A. afferma che "In tema di beni da ricomprendere nel demanio marittimo, categoria che appartiene al demanio naturale, la qualificazione giuridica è da collegare alla "esistenza nel bene dei caratteri obiettivi della demanialità". È pacificamente ammesso che la demanialità è caratteristica intrinseca dei beni che saranno sottoposti al peculiare regime giuridico che li caratterizza, anche in mancanza di un esplicito atto di destinazione. Dunque è sufficiente che un bene rientri nelle categorie enunciate e sia adibito ad usi attinenti alla navigazione, affinché si possa parlare di bene del demanio marittimo. Non rileva dunque la presenza di atti formali dell'amministrazione tendenti a ricomprendere quei beni all'interno di determinate categorie, poiché l'acquisto della qualità di bene pubblico si collega ad una situazione di fatto e non ad un atto giuridico...Infine, e per tornare al secondo importante principio da noi richiamato all'inizio, in materia di accessione e usucapione dell'acquisto di diritti a favore di terzi, la Suprema Corte ha ricordato, sulla falsariga della più consolidata giurisprudenza, che per quanto concerne i beni del demanio marittimo, non è configurabile alcuna ipotesi di sdemanializzazione tacita, a ciò ostando il disposto di cui all'art. 35 cod. nav. che, a tal fine, richiede un formale ed espresso provvedimento della competente autorità amministrativa, avente carattere costitutivo...Se è vero infatti, che il presupposto per la declassificazione è pur sempre il venire meno della mancata attitudine del bene a realizzare gli usi pubblici del mare, tale giudizio, contrariamente a quanto accade nel caso opposto, richiede che intervenga una valutazione tecnico discrezionale dei caratteri naturali del bene".

hanno progressivamente ampliato, ora attraverso il ricorso all'interpretazione estensiva¹⁵² delle norme citate, ora attraverso la suppletiva dell'interpretazione sistematica delle stesse¹⁵³, i confini della potestà dominicale dello Stato ben al di là dei limiti originariamente tratteggiati dal legislatore, finendo per travolgere persino assetti di interessi consolidati nei secoli, come nel caso delle valli da pesca lagunari¹⁵⁴.

¹⁵² La lettura estensiva delle norma considerata ha permesso l'affermazione di soluzioni ermeneutiche difficilmente condivisibili alla luce di un'interpretazione comunitariamente orientata verso l'equi-ordinazione delle relazioni giuridiche Stato-Cittadino. Un esempio può essere offerto dalla questione qualificatoria relativa alla "duna costiera". Cfr. in dottrina Mascioli G., *Natura giuridica della duna costiera ovvero i confini marittimi delle nuove competenze locali*, in *Foro Amm. Tar*, 2003, 6, 2121. Secondo l'A. "Le dune costiere sono un tipico modo di presentarsi del litorale costiero e delle spiagge –dalle quali possono, ciò nonostante, distinguersi per ragioni geomorfologiche – rappresentate da depositi sabbiosi a linee scure, normalmente modellate dal vento e risultanti da lenti processi di accumulo di sabbia trasportata dalle correnti marine. Sono pertanto una tipica rappresentazione della fascia costiera e delle spiagge alle quali sono contigue e fungono da serbatoio di sabbia per le stesse contro i fenomeni di erosione. Questa sintetica ed approssimativa descrizione...potrebbe essere sufficiente a fugare ogni dubbio circa la natura giuridica della stessa e la sua appartenenza e riconducibilità...alla spiaggia". In altre parole il ricorso all'interpretazione estensiva, ora del termine spiaggia, ora dell'espressione lido e così via, maschera non tanto un'operazione interpretativa, che consiste nell'attribuire, a un termine o ad una disposizione, un significato più ampio di quel che appare *prima facie* dalla dizione letterale della proposizione normativa, facendo rientrare nel suo campo di applicazione anche fattispecie che si situano nella zona di penombra, che sono cioè marginali rispetto alle certezze che la norma esprime, ma un'opzione ideologica di fondo marcatamente hegeliana, nell'accezione non deteriore del termine, tesa ad accogliere una concezione sovraordinata di Stato. Soltanto apparentemente, quindi, il ricorso alla tecnica dell'interpretazione estensiva appare neutrale, dato che, potrebbe obiettarsi, il risultato dell'operazione ermeneutica corrisponde pur sempre ad uno dei possibili significati letterali della disposizione presa in esame rendendo esplicito quanto è comunque contenuto nel dettato legislativo, ovverosia la supremazia dominicale dello Stato nella titolarità dei beni demaniale. A risultare in discussione, invece, è proprio questo apriori logico e giuridico non più supportato da una legittimazione formale o sostanziale con la conseguenza che un'interpretazione estensiva della supremazia Statale della proprietà di beni di incerto dominio è semplicemente vietata e tutti i predicati normativi che continuano a perpetuarla devono essere disapplicati.

¹⁵³ Sempre Mascioli G., *Art. cit.*, 2123, scrive che: "La giurisprudenza, da parte sua, ha sostanzialmente ribadito questo concetto affermando che l'utilizzabilità dei beni del demanio marittimo ai fini del pubblico uso del mare costituisce la ratio e, per converso, il limite per l'affermazione del carattere demaniale".

¹⁵⁴ In dottrina la vicenda viene puntualmente ripercorsa, a commento della sentenza della Cassazione 14 febbraio 2011, n. 3665, già esaminata nel capitolo che precede, e della decisione, sempre della Cassazione, 16 febbraio 2011, n. 3811, da Vezzoso G., *Criteri identificativi della demanialità delle valli da pesca*, in *Dir. mar.*, 2011, 892 e ss. L'A. scrive: "La Corte afferma che oggi, ai fini dell'identificazione dei beni pubblici o demaniali, è indispensabile integrare la disciplina codicistica del 1942 con le varie fonti dell'ordinamento e, in particolare, con le norme costituzionali...Da questo insieme di disposizioni...emerge l'esigenza interpretativa di guardare la tema dei beni pubblici «oltre una visione prettamente patrimoniale-proprietaria per approdare ad una prospettiva personale-collettivistica», facendo riferimento, più che allo Stato apparato, «allo stato collettività, quale ente esponenziale e rappresentativo degli interessi della cittadinanza (collettività) e quale ente preposto all'effettiva realizzazione di questi ultimi». Ne seguirebbe...che non ci si deve limitare alla mera individuazione della titolarità dei beni «tralasciando l'ineludibile dato della classificazione degli stessi in virtù della relativa funzione e dei relativi interessi a tali beni collegati», sicché un bene immobile che, per le sue estrinseche connotazioni di tipo ambientale e paesaggistico,

Criteri che hanno permesso, nei casi di irreversibile mutamento della linea della costa dovuta a fenomeni di erosione della stessa, l'affermazione della proprietà statale delle aree raggiunte dalle mareggiate ordinarie.

La Suprema Corte di Cassazione, con le sentenze ricordate in nota, ha proceduto ad una rivisitazione complessiva della categoria dei beni pubblici, e sembra avere restituito un significato giuridico autonomo alla nozione di “bene comune” che, nei suoi tratti caratterizzanti, appare strumento coevo al riconoscimento dell'utilità pubblica della proprietà privata di beni strumentali al soddisfacimento di bisogni dello Stato-collettività¹⁵⁵.

Le fattispecie indicate dal legislatore, analizzate diffusamente nel primo capitolo al quale si rimanda, non vengono definite con precisione, con la conseguenza che la qualificazione di un bene come appartenente al demanio marittimo risulta l'esito di un preciso processo interpretativo¹⁵⁶.

appare «destinato alla realizzazione dello Stato sociale come sopra delineato, è da ritenersi al di fuori dell'ormai datata prospettiva del *dominium* romanistico e della proprietà codicistica, «comune», vale a dire, prescindendo dal titolo di proprietà, strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini. Un bene va quindi considerato pubblico quando può essere fonte di un beneficio per la collettività anziché per la circostanza di rientrare in una delle astratte categorie del codice». Efficace la critica formulata da Vezzoso stesso, che osserva: “Se il percorso argomentativo svolto dalla Corte prima di questi riferimenti alla Costituzione lasciava perplessi, il tentativo di rafforzare la soluzione data al problema col richiamo delle norme costituzionali citate convince ancora meno. I costituzionalisti si sono concentrati sulla portata concreta delle varie norme di carattere sociale che sono presenti nella nostra Costituzione, concludendo generalmente che, alle norme che enunciano genericamente indirizzi e obiettivi di carattere sociale, si può dare il solo significato concreto di fornire indicazioni per la corretta interpretazione degli altri articoli e per la legittimità costituzionale delle leggi ordinarie. Questa valutazione si attaglia perfettamente agli articoli citati dalla Corte. Che la Repubblica riconosca i diritti inviolabili dell'uomo e richieda l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, come recita l'art. 2, costituisce un'apprezzabile enunciazione di indirizzo, così come l'art. 9 che assume come obiettivo la tutela del paesaggio e del patrimonio artistico della nazione. Ma non si vede come queste due norme di indirizzo possano fondare «l'esigenza interpretativa di guardare al tema dei beni pubblici oltre una visione prettamente patrimoniale-proprietaria per approdare ad una prospettiva personale-collettivistica», e ciò a prescindere dalla difficoltà di dare un concreto significato ad una prospettiva che sia al tempo stesso personale e collettivistica”.

¹⁵⁵ Ancora Vezzoso G., *Art. cit.*, 899, che puntualizza: “L'altro articolo che giustificherebbe l'abbandono della «ormai datata prospettiva del *dominium* romanistico e della proprietà codicistica» sarebbe l'art. 42 della Costituzione, in forza del quale «la proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi di interesse generale»”.

¹⁵⁶ Cfr. Betti E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949, 48 e ss. Nel proprio celeberrimo studio, l'A. precisa che il processo di interpretazione giuridica non può risolversi in una semplice traduzione letterale di norme astratte e, pertanto, nella sola sussunzione ad esse dei singoli casi concreti avendo, piuttosto, la funzione di “vivificare mediante un incessante ripensamento...le espressioni e le formulazioni sorpassate, conferendo loro quel valore che, senza distaccarsi e prescindere dal significato originario, sia meglio conforme alle esigenze dell'attualità nella cornice del sistema”. Ne deriva l'ineludibilità di uno “spazio creativo” esercitato dall'interprete nei non angusti limiti segnati dalla ricostruzione del sistema, sul presupposto della sua completezza logica.

Accanto al *nomen* del tipo di bene singolarmente prese in considerazione caso per caso, occorre tenere conto, specie nelle ipotesi di dubbio, del criterio naturalistico, costituito dalla natura del terreno, e del criterio finalistico, rappresentato dall'attitudine del bene alla realizzazione del pubblico uso del mare¹⁵⁷.

La giurisprudenza¹⁵⁸, confortata dal dettato degli artt. 31, 32 e 35 del Cod. nav., ha optato per una lettura alternativa, e non cumulativa, di tali criteri qualificatori per la sussistenza della proprietà pubblica, accontentandosi, per converso, della mera volontà contraria della pubblica amministrazione per negare la cessazione della demanialità di un'area nel caso opposto¹⁵⁹.

Secondo un consolidato orientamento dottrinale¹⁶⁰, non sarebbe neppure necessaria alcuna indagine circa l'esistenza di un elemento finalistico-funzionale di asservimento ai pubblici usi del mare, tradizionalmente richiamato come limite immanente della demanialità, per i beni nominativamente elencati negli artt. 822 c.c. e 28 c.nav.

Il lido del mare, in tale declinazione, è tradizionalmente definito come l'area interessata dalla mareggiate ordinarie, delimitata dal punto più estremo verso terra bagnato dall'onda marina¹⁶¹.

Mentre la spiaggia è la striscia di terra, della più differente natura geologica, che va dal lido del mare verso la terraferma, bagnata dalle mareggiate durante la fase di alta marea ordinaria e completamente sommersa durante le maree straordinarie.

La nozione di porto viene, invece, fatta coincidere con quel tratto di costa, i bacini ad esso pertinenti e le apposite strutture artificiali che, per la loro

¹⁵⁷ In dottrina si è ritenuto che: "La naturale attitudine del demanio marittimo a soddisfare gli interessi connessi ai pubblici usi del mare giustifichi l'assunto secondo cui la riserva demaniale dello Stato si estende, senza soluzione di continuità, interessando l'intero litorale, inteso alla stregua di un tutto unitario costituente la linea di demarcazione tra il mare e la terraferma (c.d. principio di continuità e contiguità delle coste). La continuità della linea demaniale litoranea è, invero, una necessità vitale dello Stato (anche per ragioni di difesa), onde la devoluzione di un qualsiasi tratto di essa all'uso particolare di un privato appare inconcepibile. Da ciò deriva, ad esempio, che la concessione di una spiaggia in uso particolare non può determinare un uso esclusivo della riva, ossia del lido vero e proprio...giacché occorre considerare non soltanto l'uso del bene, ma la funzionalità dell'accesso al mare che in tal modo verrebbe conculcata". Cfr. Mascioli G., *Art. cit.*, 2122 e ss.; Cfr., inoltre, Comenale Pinto M.M., *Questioni classiche in tema di arenili*, in *Giust. Civ.*, 2010, 5, 1202 e ss.

¹⁵⁸ Cfr. Cass., sez. un., 3 maggio 1971, n. 1272, in *Foro It.*, 1972, I, 1775.

¹⁵⁹ Cfr. Cass., sez. II, 3 maggio 1996, n. 4089, in *Mass. Foro It.*, 1996, 390.

¹⁶⁰ Cfr. Angelone C.-Silingardi G., *Il demanio marittimo- Rassegna sistematica di giurisprudenza*, Milano, 1999, 72.

¹⁶¹ Cfr. Righetti, *Trattato di diritto marittimo*, Milano, 1987, 674.

particolare conformazione, costituiscono aree tipicamente deputate all'approdo ed alla sosta della navi¹⁶².

La nozione scolorita di rada individuerebbe le "pertinenze" portuali intese come spazi necessari alla piena esplicazione delle operazioni portuali medesime.

Sempre nel senso indicato, può farsi riferimento alla sussunzione giurisprudenziale degli arenili nel concetto di demanio marittimo *tout court*¹⁶³.

L'espressione arenile è suscettibile sia di un'interpretazione ampia, comprensiva dei termini "lido" e "spiaggia", sia di un'accezione più ristretta per indicare le aree prima occupate dal mare indi abbandonate dallo stesso in seguito al suo ritrarsi.

Entrambi i percorsi interpretativi conducono, indefettibilmente, all'attrazione nell'alveo statale della proprietà dell'arenile.

Particolarmente intensa, poi, la produzione giurisprudenziale connessa alla proprietà dei porti turistici realizzati mediante scavo di "darsene a secco" e successivamente collegati con il mare od altre vie d'acqua navigabili attraverso la realizzazione di un canale o il taglio di un argine¹⁶⁴.

Ora, nel codice della navigazione l'elencazione dell'art. 28 si intende riferita ai "beni pubblici destinati alla navigazione", intesa in senso lato come attività di pesca, balneazione, diporto e così via.

¹⁶² Cfr. In questo senso Giardini A., *Op. cit.*, pag. 305. L'A. mette a fuoco l'essenza della definizione di porto comprensiva di "un elemento di natura spaziale al cui estensione è definita dalla conformazione geografica dei luoghi ovvero dagli interventi strutturali predisposti dall'uomo" e di "un elemento di natura funzionale relativo alla idoneità delle infrastrutture terrestri e marittime ad offrire approdo e sosta alle navi". Per la Giurisprudenza amministrativa "La nozione di porto cui fa riferimento l'art. 28 cod. nav. presuppone una realtà che deve esistere naturalmente, e come tale assolvere alla funzione sua propria, anche senza opere di adattamento o perfezionamento, intendendosi con tale nozione il tratto di mare chiuso che per la sua particolare natura fisica è atto al rifugio, all'ancoraggio ed all'attracco delle imbarcazioni provenienti dall'alto mare" Cons. stato, sez. VI, 27 marzo 2003, n. 1601, in *Foro amm. CDS*, 2003, con nota di *Scoca F.G. e Forza A., Darsene «a secco» e pericolose derive concettuali*.

¹⁶³ La casistica giurisprudenziale appare particolarmente corposa ed è attentamente ripercorsa in Comenale Pinto M.M., *Questioni classiche in tema di arenili*, in *Giust. civ.*, 2010, 5, 1202 e ss. In particolare l'A. ricorda Cass. 6 maggio 1980, n. 2995, in *Foro It.*, 1980, I, 2815; Cass. 5 novembre 1981, n. 5817, in *Rass. avv. st.*, 1982, I, 196; *Cass. pen.*, 13 luglio 1999, n. 2603, in *Cass. pen.*, 2001, 1603; *Cass. pen.*, 15 dicembre 2006, n. 13677, in *Dir. giur. agr.* 2007, 619, con nota di Di Dio F., *Le modalità di acquisto della demanialità marittima: la posizione attuale della dottrina e della giurisprudenza*.

¹⁶⁴ Cfr. Olivi M., *La proprietà dei porti turistici*, in *Foro Amm. CDS*, 2009, 11, 2685 e ss.; Zunarelli S., *Osservazioni in merito alla qualificazione giuridica delle darsene scavate a secco (nota a Cons. Giust. Amm. Reg. Siciliana 5 maggio 2009, n. 346)*, in *Il Diritto Marittimo*, 2009, 1143 e ss.

Una vicenda di particolare interesse, che consente di distinguere le fattispecie esaminate, ha riguardato il lago di Sabaudia, un bacino di circa 6.7 km di lunghezza per una superficie di circa 3.8 km, la cui esclusione dal novero dei beni pubblici era stata motivata dalla Corte di Appello di Roma con riferimento all'inidoneità dello stesso ai pubblici usi del mare¹⁶⁵.

Successivamente, sebbene nell'ambito di una vicenda differente, la Corte di Cassazione perviene ad una qualificazione opposta alla precedente attribuendo allo stesso specchio d'acqua natura pubblica¹⁶⁶.

In motivazione, la Suprema Corte tiene conto delle profonde modificazioni intervenute nel lago sfociate nella creazione di una vera e propria struttura dedicata alla nautica da diporto.

Per il Giudice di legittimità “La destinabilità immediata all'uso pubblico, che si sovrappone escludendolo all'uso privato, giustifica che un bene, per forza stessa della legge e finanche senza bisogno di formalità accertative appartenga allo Stato, e vi appartenga in quella forma particolare per la quale neppure lo Stato come entità soggettiva può liberamente disporre contro la sua conservazione per la utilizzabilità generale da parte di tutti, sia pure con quelle serie di condizioni formali che sono giustificate dalla necessità di un ordinato svolgimento all'uso. A questa stregua perde perfino valore la genesi di una destinabilità pubblica in atto; nel senso che se, al limite, un cittadino privato effettuasse, legittimamente o non, un'opera per cui sorge un bene prima inesistente e la destina ad uso pubblico...non vi è dubbio che il bene nuovo diventi, anzi nasca come bene demaniale, a prescindere dai rapporti economici o di altro tipo tra il cittadino e lo Stato”¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Cfr. Pastorino G.A., *Della demanialità dei bacini di acqua salsa e salmastra*, in *Dir. mar.*, 2009, 700 e ss. L'A. ripercorre analiticamente la vicenda osservando che “La sentenza (della Corte d'Appello di Roma) veniva confermata dalla Corte di Cassazione...decisione n. 1863/1984. In detto pronunciamento il Giudice di legittimità ha modo di consolidare i principi ad allora già emersi sul tema, ribadendo che «l'elemento fisico della comunicazione con il mare può essere apprezzato solo in quanto tale comunicazione attui la funzione di interesse pubblico che il bene è in condizione di potere assolvere» e confermando la correttezza del procedimento di valutazione esperito dalla Corte di Appello che, nel rilevare la limitatissima navigabilità dei canali di accesso e la mancanza di alcuna struttura destinata al supporto del traffico marittimo, ha escluso la concreta capacità del bene ad adempiere ai tipici usi pubblici marini, «rilevando l'idoneità attuale e non meramente potenziale e futura del bene, secondo la sua oggettiva conformazione fisica...anche se in atto non sia concretamente destinato all'uso pubblico»”.

¹⁶⁶ Cfr. Cass. pen., 3 aprile 2007, n. 13677, in *Dir. mar.*, 2009, 700 e ss., con nota di Pastorino G.A., *Art. Cit.*

¹⁶⁷ In giurisprudenza, nel senso evidenziato, cfr. Cass., sez. I, 27 gennaio 1975, n. 316, in *Mass. Giust. civ.*, 1975, 156.

La giustificazione della proprietà pubblica, che avrebbe quindi carattere della originarietà, viene ricollegata ad un'elegante *fictio* giuridica consistente nella configurazione della novità del bene che non diventerebbe demaniale, da privato che era, bensì verrebbe ad esistenza soltanto nella “sua dimensione pubblicistica”.

Le medesime incertezze in punto di qualificazione si producono anche con riferimento al caso di darsene scavate a secco di terreni di proprietà privata, successivamente invase da acque pubbliche.

La Cassazione, nella presupposizione della proprietà statale delle acque, ha per lungo tempo “derivato” la proprietà pubblica del bene per l’operare del principio di accessione al bene principale¹⁶⁸.

Soluzione tutt’altro che appagante, considerata la tradizionale qualificazione del mare come *res communes omnium* e quindi sottratto alla proprietà dello Stato o di altro ente.

Anche in tale senso può essere letta la giurisprudenza, soprattutto amministrativa, incline a conservare la proprietà privata della darsena¹⁶⁹.

Il quadro delineato è foriero di assolute incertezze e lo stesso parametro della demanialità, nient’affatto pacifico in giurisprudenza, costituisce un chiaro freno a qualsivoglia prospettiva di sviluppo della portualità turistica o anche soltanto della conservazione della navigabilità delle vie d’acque in contatto con il mare, in considerazione del *metus* originato dalla possibile retrocessione allo Stato della proprietà del bene medesimo in conseguenza degli interventi privati sullo stesso.

La fonte primigenia della demanialità sembra, tuttavia, essere rinvenuta nell’origine naturale del bene e la sua espansione, su beni privati, riconnessa ad un evento naturale.

Parzialmente diverso il caso di bacini di acqua salsa o salmastra, come lo Stagno di Cabras, nei pressi di Oristano in Sardegna, interessati da una vivace giurisprudenza.

¹⁶⁸ Cfr. Cass. civ., sez. un., 6 novembre 1998, n. 11211, in *Giust. Civ. Mass.* , 1998, 2805.

¹⁶⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 marzo 2003, n. 1601, in *Foro amm. CDS* , 2003, 1108 e ss. In realtà la natura privata della darsena viene riconnessa alla sua artificialità dato che “in questo contesto è evidente che la darsena costruita a secco su area privata non è assimilabile al porto e non fa parte del demanio marittimo naturale. La demanialità non deriva infatti dall’aver realizzato un bacino mediante lo scavo artificiale del terreno e dalla conseguente utilizzazione dello specchio d’acqua per le necessità dei natanti, ma solo dalla particolare natura fisica di tale specchio d’acqua, e cioè dal fatto che esso costituisce un tratto di mare chiuso”.

L'art. 28 del Cod. nav. sembra richiedere, proprie per questa particolare categoria di beni, la necessità, ai fini dell'assunzione della demanialità, di un'ulteriore caratteristica rappresentata dalla "comunicazione libera con il mare", senza specificare se tale caratteristica sia in sé sufficiente o meno.

Per i canali sarebbe invece necessario un connotato finalistico rappresentato dall'utilizzabilità ai fini dei pubblici usi del mare.

L'evoluzione giurisprudenziale in materia ritiene, in ogni caso, che per la demanialità dei bacini sia necessaria una comunicabilità con il mare non accertata staticamente, in un dato momento storico e transeunte, ma debba essere valutata finalisticamente ovvero avendo riguardo, dinamicamente, all'attitudine di tali bacini a servire ai tipici scopi marittimi¹⁷⁰.

Per la migliore dottrina infatti "L'avverbio «liberamente» contenuto nella norma...lungi dall'essere considerato quale riflesso di una caratteristica fisica del bene che, in quanto capace in natura di mantenere un continuativo collegamento con il mare, ne acquisisse per tali vie le proprietà demaniali marittime, per essere letto, al contrario, in senso prettamente finalistico, cioè tale da rendere necessario che la comunicazione – per soddisfare la definizione codicistica- debba essere di natura tale da rendere possibili ed attuali gli usi pubblici marittimi del bacino"¹⁷¹.

Attitudine che, il Giudice di legittimità citata, dubita esistere con riguardo allo Stato di Cabras tenuto conto della materiale impossibilità di quelle attività che possono essere ricondotte agli utilizzi tipici del mare.

Alla luce di tali considerazioni emerge come la qualificazione della demanialità di uno dei beni elencati negli artt. 822 c.c. e 28 cod. nav. non sia scontata e risenta di orientamenti interpretativi incerti, che tuttavia danno conto della possibilità teorica della proprietà privata di beni utilizzabili ai fini dei pubblici usi del mare.

Potrebbe perciò auspicarsi la disapplicazione dell'art. 35 del Cod. nav., in rapporto ai principi Cedu, nella parte in cui la cessazione della demanialità sia sorretta da una contraria volontà della pubblica amministrazione mentre la sua origine appaia giustificata dal mero mutamento geomorfologico dei luoghi o dalla impressione di un pubblico uso del mare, storicamente incerta.

¹⁷⁰ Cfr. Cass., sez. I, 27 gennaio 1975, n. 316, in *Mass. Giust. civ.*, 1975, 156.

¹⁷¹ Cfr. Cfr. Pastorino G.A., *Art. cit.*, 708.

Si può ritenere infatti che, ove la disposizione sul diritto, come nel caso di tutela della proprietà privata, contenuta nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, sia in sé compiuta, ossia non necessiti per la sua applicazione di un ulteriore atto comunitario o nazionale, il giudice comune possa darvi diretta attuazione, non applicando la disciplina nazionale. Si tratta, infatti, di una norma sufficientemente chiara e precisa, suscettibile di applicazione immediata e non della mera affermazione di un principio.

Non si sarebbe dinanzi ad un vuoto normativo, colmato dal giudice con il ricorso a principi comunitari, che presupporrebbe un'operazione di ricostruzione della regola mediante bilanciamento con altri principi, ma si realizzerebbe semplicemente la tutela del diritto di proprietà, come riconosciuto dalla norma Cedu autoapplicativa.

Considerato che la tutela dei diritti fondamentali, anche in virtù della convergenza delle tradizioni costituzionali degli Stati membri, costituisce patrimonio della Corte di Giustizia ed è oggi cristallizzata nella Carta di Nizza, una violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona si traduce in violazione dello stesso diritto comunitario, che dovrebbe, dunque, essere ripristinato attraverso la disapplicazione della norma interna contrastante¹⁷².

3. Della legittimazione degli enti pubblici alla titolarità di concessioni demaniali marittime: il caso Conisma e del Comune di Eraclea.

Nel sistema delle concessioni di beni del demanio marittimo e portuale, gli enti pubblici assolvono alla funzione di “*amministrazioni aggiudicatrici*”.

La nozione è alquanto controversa e piuttosto ampia e comunque fuoriesce dal campo di indagine del presente lavoro monografico.

¹⁷² Tale impostazione, che potrebbe condurre alla semplice disapplicazione dell'art. 35 Cod. nav. o alla sua re-interpretazione comunitariamente orientata, elidendo l'asimmetria denunciata nel paragrafo, non pare condivisa dalla Consulta che afferma, invece, come “Il contrasto di una norma nazionale con una norma convenzionale, in particolare della CEDU, si traduce in una violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.” e quindi “Il Giudice nazionale ha il compito di applicare le norme della CEDU, nell'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo, e, laddove si profili un contrasto tra le norma interna e quella della Convenzione, deve procedere ad una interpretazione della prima conforme alla seconda. Qualora ciò non sia possibile, egli, non potendo applicare la norma della CEDU in luogo di quella interna, né potendo applicare la norma nazionale che abbia ritenuto in contrasto con quella convenzionale (e pertanto, con la Costituzione), deve sollevare la questione di costituzionalità ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost.” Cfr. Corte Costituzionale, 26 novembre 2009, n. 311, in *Corriere Giuridico*, 5, 2010, 619 e ss., con nota di Conti R., *Corte Costituzionale e CEDU: Qualcosa di nuovo all'orizzonte?*.

I negozi contrattuali che vedano come contraenti le amministrazioni aggiudicatrici sono contratti disciplinati dal diritto dell'Unione Europea e non possono essere dispensati dalla disciplina comune se non in forza di un regime di eccezioni di stretta interpretazione ed applicazione¹⁷³.

Una prima vicenda affrontata in giurisprudenza ha riguardato il Consorzio nazionale universitario per le Scienze del mare, acronimo CoNISMa, composto da diverse università e tre ministeri, interessato all'aggiudicazione del servizio relativo all'acquisizione di rilievi geofisici e di campionatura del mare bandito dalla Regione Marche.

Il Consiglio di Stato, richiesto di formulare il proprio parere in occasione della procedura di Ricorso straordinario al Capo dello Stato medio tempore avviata, ha sollevato una questione pregiudiziale di interpretazione in ordine alla possibilità per enti non a scopo di lucro, per di più presenti sul mercato soltanto occasionalmente, siano autorizzati, nella forma di consorzi o raggruppamenti fra enti di ricerca pubblici ed amministrazioni statali, a prendere parte alle procedure di selezione pubbliche¹⁷⁴.

Nella relazione dell'avvocato generale presso la Corte di Giustizia Mazak si legge che l'art. 1, co. 8, della direttiva 2004/18/Ce nel riferirsi a coloro che offrono beni e servizi sul mercato non implicasse "un'intenzione di limitare la categoria di enti pubblici ammessi a concludere contratti con le amministrazioni aggiudicatrici ai soli enti che sono impegnati (in qualità di impresa) nell'attività oggetto del servizio che l'imprenditore prescelto dovrà prestare e che hanno scopi di lucro. Per essere considerato operatore economico non è essenziale offrire servizi sul mercato in modo continuativo e sistematico"¹⁷⁵.

Seguendo il pensiero dell'avvocato generale, la partecipazione di un ente pubblico ad una selezione concorsuale per l'affidamento di un bene o di un servizio pubblico non potrebbe, *ipso facto*, essere tratto dalla natura pubblica dell'aspirante aggiudicatario.

¹⁷³ Tipicamente il caso in cui si presentino le condizioni dell'in house providing o degli accordi orizzontali fra enti esponenziali di differenti interessi pubblici. Riesce difficile offrire una sicura e sintetica esemplificazione della questione, attesa la documentata volatilità del tema.

¹⁷⁴ Cfr. C.G.C.E., 23 dicembre 2009, in C-305/08, CONISMA, in *Urb. e appalti*, 2010, con nota di De Pauli L., *La partecipazione delle Università alle procedure di evidenza pubblica*.

¹⁷⁵ Cfr. punto 11 delle conclusioni.

L'unica causale che potrebbe giustificare un'esclusione andrebbe ricercata in un eventuale aiuto illegittimo capace di falsificare le condizioni di concorrenzialità nella partecipazione alla procedura selettiva.

Viene, in altri termini, disarticolata l'ossatura della riflessione proposta dal Consiglio di Stato nel provvedimento di remissione alla Corte di Giustizia ove si prospettava la possibilità di un indebito vantaggio concorrenziale del soggetto pubblico dovuto alla garanzia economica, rappresentata dalla affluenza di finanziamenti pubblici in misura costante e quantità prevedibile, a differenza degli eventuali competitori privati.

D'altra parte, sempre secondo l'avvocatura generale, “la Direttiva non esige una particolare forma giuridica e non contiene alcuna disposizione che impone che un operatore economico abbia la qualità di imprenditore o debba avere fini di lucro o una presenza stabile o regolare sul mercato” e che “non avendo fornito indicazioni riguardo alle caratteristiche richieste e/o alla forma giuridica degli operatori economici autorizzati a partecipare alle procedure d'appalto, il legislatore comunitario non ha inteso definire tale nozione in modo tale da introdurre requisiti particolari e limitare quindi così l'accesso alle procedure d'appalto”¹⁷⁶.

A seguito delle osservazioni formulate dall'Avvocatura generale, alla Corte di Giustizia non resta che condividere le conclusioni avanzate osservando come sia lo stesso art. 1, co. 8, della direttiva citata a menzionare l'ente pubblico quale soggetto che può includere anche “organismi che non perseguono un preminente scopo di lucro, che non hanno una struttura d'impresa e che non assicurano una presenza continua sul mercato”¹⁷⁷.

L'approccio suggerito dalla Corte potrebbe essere riassunto nella formula ellittica del *case by case* poiché “l'eventualità di una posizione privilegiata di un operatore economico in ragione di finanziamenti pubblici o aiuti di Stato non può giustificare l'esclusione a priori e senza ulteriori analisi di enti, quali il ricorrente nella causa principale, dalla partecipazione a un appalto pubblico”¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Punti 22 e 24 delle conclusioni.

¹⁷⁷ Punto 30 della decisione.

¹⁷⁸ Punto 34 della decisione.

Più articolata, invece, la vicenda connessa alla possibilità di partecipazione di società strumentali di enti locali all'affidamento di concessioni demaniali marittime.

Il Tar Veneto¹⁷⁹ ha è stato investito della censura, proposta dalla società Cogest, della gara con la quale l'amministrazione comunale di Eraclea aveva affidato al costituendo raggruppamento tra Eraclea Patrimonio e Servizi s.r.l (EPS), in qualità di mandataria, e la Bottega dei Sogni di Rovere Nadia e c., Spolaor Enzo ed ATI Bassetto Luciano, in qualità di mandanti, la concessione demaniale marittima finalizzata all'insediamento degli stabilimenti balneari nell'arenile di Eraclea Mare.

Le censure della ricorrente sono principalmente rivolte a sindacare la partecipazione di EPS, nell'ambito dell'allora costituendo raggruppamento, alla gara, in asserita violazione dei limiti stabiliti dall'art. 13 del D.lgs. 223/2006 convertito in legge n. 248/2006.

EPS era, infatti, una società costituita ai sensi dell'art. 13 del citato decreto, avente, per previsione statutaria espressa, quale oggetto sociale esclusivo la gestione del patrimonio immobiliare del Comune di Eraclea, la gestione degli immobili ed infrastrutture, degli impianti e dotazioni patrimoniali dell'Ente e l'erogazione di servizi pubblici locali sia di rilevanza economica che non economica.

Secondo il disposto dell'art. 13 citato allora vigente "Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società, a capitale interamente pubblico, misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipati o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti...le società di cui al comma 1 sono ad

¹⁷⁹ Cfr. TAR Veneto, 2 febbraio 2009, n. 230, in *Dir. Mar.*, fasc. 1-2, 182 e ss., con nota di Salamone L., *Gara d'appalto per l'affidamento di una concessione demaniale marittima: aggiudicazione in favore di una società strumentale del comune e conseguente violazione del "decreto Bersani"*.

oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1”.

Secondo il Giudice amministrativo veneto “La ratio della norma è quella di assicurare la parità degli operatori e di evitare possibili distorsioni o alterazioni della concorrenza o del mercato, situazioni potenzialmente verificabili grazie alla particolare posizione di vantaggio che tali società detengono per effetto della partecipazione pubblica al loro capitale. È quindi imposto a tali società di rivolgersi esclusivamente alle amministrazioni regionali o locali per la produzione di beni e servizi strumentali all’attività di tali soggetti”.

Prosegue precisando che “Unica eccezione, normativamente prevista, è il caso in cui a dette società venga affidata la gestione di un servizio pubblico locale. In tale eventualità le società a capitale pubblico o misto possono svolgere un servizio pubblico rivolto direttamente non agli enti pubblici azionisti, bensì ai cittadini-utenti che fruiscono di detto servizio”.

Ne consegue che “Il limite di attività della società del tipo cui appartiene anche la controinteressata EPS è quindi quello di rivolgersi alla produzione di beni e servizi da erogare a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica, di cui resta titolare l’ente di riferimento, con i quali lo stesso ente provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali. Trattasi quindi di attività rivolte essenzialmente alla pubblica amministrazione e non al pubblico, diversamente che nelle società costituite per la gestione di servizi pubblici locali, che mirano invece a soddisfare direttamente, in via immediata, le esigenze generali della collettività”.

D’altra parte “Come sottolineato anche dalla Corte Costituzionale in occasione del giudizio di legittimità della norma...dette disposizioni mirano a definire i confini tra l’attività amministrativa e l’attività di impresa, quest’ultima come tale soggetta alle regole del mercato, avendo come obiettivo ultimo l’eliminazione delle possibili distorsioni della concorrenza. In particolare, la Corte, nel ritenere né irragionevoli né sproporzionati i limiti imposti dal legislatore, ha sottolineato come la previsione in base alla quale dette società non possono operare con soggetti diversi dagli enti territoriali soci o affidanti, imponendo di fatto una separazione societaria e obbligandole ad avere un oggetto sociale esclusivo, che potrebbe essere alterata dall’accesso di soggetti con posizioni di privilegio in determinati mercati”.

In conclusione il Collegio ritiene fondate le doglianze avanzate dalla ricorrente in ordine alla legittimità della partecipazione di EPS alla gara indetta dal Comune di Eraclea per l'affidamento della concessione demaniale marittima finalizzata all'insediamento di stabilimenti balneari nell'arenile di Eraclea.

La decisione del Tar Veneto, ampiamente ripercorso, sono differenti e di non poco momento.

Tuttavia è necessario mettere in rilievo alcune considerazioni all'apparenza scontate ma che testimoniano di un rapporto di incomprensione, a quanto pare insuperabile, tra il legislatore comunitario e gli interlocutori, legislativi e giudicanti, nazionali.

Il decreto Bersani, nella vulgata allora vigente, operava una presunzione assoluta ed insuperabile di anti-concorrenzialità delle società strumentali pubbliche ponendosi in chiara antitesi con il dettato comunitario sopra evidenziato ove l'eccezione, consistente nell'incapacitazione alla partecipazione concorsuale, deve rivestire carattere assolutamente limitato e marginale.

Una corretta prassi interpretativa avrebbe suggerito di ribaltare la stessa struttura normativa della disposizione in esame permettendo anche alle mere società strumentali di partecipare salva la prova, a carica dell'amministrazione aggiudicatrice, dell'esistenza di un vantaggio concorrenziale indebito derivante dalla partecipazione pubblica.

La seconda e non meno importante questione riguarda la stessa crisi sistemica della categoria di "servizio pubblico di rilevanza economica".

La nozione di servizio pubblico è stata oggetto di attenta considerazione da parte della dottrina d'Oltralpe, siccome criterio di riparto della giurisdizione, ma è restata quantomeno confusa nella tradizione giuridica italiana.

L'unico elemento di certezza è dato dalla storica instabilità della definizione e dalla sua scarsa capacità definitoria.

Indirettamente il Giudice veneto esclude che la concessione avente ad oggetto uno stabilimento balneare possa essere qualificata come servizio pubblico¹⁸⁰.

¹⁸⁰ Ricorda Salamone L. nell'articolo citato che "Uno dei punti ancora da chiarire è la stessa nozione di servizio pubblico. Residuano infatti numerosi dubbi classificatori, dovuti alla contrapposizione pluridecennale tra nozione soggettiva e nozione oggettiva. Le ambiguità definitorie, lungi dall'esaurirsi in questioni teoriche, hanno importanti risvolti pratici sull'individuazione delle attività regolate. Senza entrare nel dettaglio delle diverse ricostruzioni, si può considerare servizio pubblico ogni attività di interesse generale, svolta

Pure in questo secondo caso la scelta giurisprudenziale appare frutto di un retaggio consolidato nella prassi ma non più certo nelle sue coordinate giuridiche.

L'assoluta instabilità della normativa speciale dedicata alle società pubbliche, quasi un *tertium genus*, permette di delineare in termini essenziali le sole linee di tendenza nel tentativo di operare una ricostruzione del sistema, ammesso che lo stesso sia ancora sorretto da una logica ordinatrice coerente.

4. Segue: della legittimazione degli enti “no profit”.

Proseguendo nell'esame della natura soggettiva che gli enti aggiudicatari di una concessione portuale o costiera, nell'accezione più ampia del termine, un'attenzione particolare deve essere dedicata al cosiddetto “no profit”.

La ragione di interesse per queste entità peculiari del panorama economico deriva dall'ovvia considerazione che, nella normalità dei casi, si tratta di soggetti non assimilabili ai tradizionali operatori commerciali.

La loro diversità strutturale risiede nell'area di operatività dei medesimi, che non è il mercato, e nell'esonero dalla disciplina della concorrenza, essendo destinatari di una disciplina settoriale con finalità promozionale soprattutto a fini fiscali in ragione delle finalità sociali perseguite.

Secondo la Corte di Giustizia dell'Unione Europea “l'assenza di fini di lucro non esclude che siffatte associazioni esercitino un'attività economica e

sotto la regolamentazione ed il controllo di una pubblica amministrazione, destinata a dare soddisfazione ad interessi della collettività e caratterizzata da un regime speciale che richiede l'offerta indiscriminata al pubblico, l'uguaglianza nell'accesso al servizio e determinati requisiti di qualità e continuità del servizio. Tracciando una rapida sintesi della normativa in tema di servizi pubblici locali, la prima disciplina risale all'epoca giolittiana: nel 1903, infatti, viene approvata la cd. Legge Montemartini. In tempi più recenti, la prima riforma significativa si ha con la legge n. 142/90 (sull'ordinamento degli Enti locali), che prevede come possibili modelli di gestione dei servizi la gestione in economia, la concessione a terzi, la gestione tramite aziende speciali, l'affidamento diretto a S.p.a. a capitale interamente pubblico e la gestione mediante istituzioni (quest'ultima per i soli servizi sociali). Nel corso degli anni '90 si sviluppa ulteriormente il modello di gestione con S.p.a.: dal 1992 sono ammesse anche S.p.a. con capitale pubblico minoritario. La trasformazione aziende speciale in società è ulteriormente incentivata dalle riforme Bassanini, e in particolare dalla legge n. 127/1997. L'assetto così delineato confluisce nel Testo unico sugli Enti Locali (TUEL) approvato con d.lgs. n. 267/2000...La Giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea...quella della Corte Costituzionale...e anche quella dei giudici amministrativi...si sta assestando su una nozione estremamente ampia di servizi a carattere economico: la valutazione sull'economicità dev'essere potenziale, tanto che anche i servizi sociali, in alcune sentenze, sono stati considerati servizi a rilevanza economica, con la necessità di sottoporli a gara o alle altre due forme di gestione poco sopra richiamate”.

costituiscano imprese ai sensi delle disposizioni del Trattato relative alla concorrenza”¹⁸¹.

Nel dare seguito all’insegnamento comunitario è venuta meno ogni possibile ragione di preclusione alla possibilità di affidamento di contratti pubblici a simili soggetti.

La giurisprudenza amministrativa ha ritenuto ammissibile la partecipazione di cooperative sociali senza fini di lucro alle gare pubbliche per l’affidamento dei servizi connessi allo smaltimento di rifiuti¹⁸², dimostrando, presumibilmente, una scarsa considerazione per la problematica della tutela della par condicio tra concorrenti dovuta alla possibilità, nell’avvalersi di lavoro volontario, di presentare offerte notevolmente più vantaggiose di quelle dei diretti concorrenti.

A riguardo la stessa giurisprudenza comunitaria ha ritenuto non dirimente il dato della potenziale falsificabilità del mercato ed ha ammesso un’ampia titolarità dei soggetti no profit di diritti di partecipazione a selezioni concorsuali per l’affidamento di lavoro e di servizi pubblici¹⁸³.

D’altra parte la semplice lettura dell’art. 34 del Codice dei contratti pubblici milita a favore della soluzione assentita dalla giurisprudenza comunitaria.

Secondo la disposizione richiamata, fra i soggetti aggiudicatari possono essere contemplate anche le cooperative che, al pari degli enti no profit, sono destinatarie di una fiscalità di vantaggio e non per questo sono automaticamente escluse dalla partecipazione a procedure di selezione del concessionario.

5. Il subingresso nella concessione demaniale marittima e la teoria dei “bene di secondo grado” nella tutela degli azionisti della concessionaria fallita.

La disciplina interna e comunitaria relativa all’individuazione della controparte “contrattuale” della pubblica amministrazione è animata, come sopra

¹⁸¹ Cfr. C.G.C.E., 29 novembre 2007, in C-119/06, Commissione vs Italia, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 293, con nota di Caranta R.

¹⁸² Cfr. TAR Lombardia, Brescia, 27 ottobre 2008, n. 1440, in *Riv. It. Dir. Pubbl. comunitario*, 2009, p.746.

¹⁸³ Cfr. C.G.U.E., 7 dicembre 2000, C-94/99, ARGE, in *Racc.*, 2000, I-11037, punti 32-38.

ampiamente esposto, dalla preoccupazione di garantire l'affidabilità del contraente prescelto¹⁸⁴.

Un tema tuttora presente e dibattuto in dottrina ed in giurisprudenza riguarda la problematica della tutela del terzo, che abbia stipulato un contratto con il concessionario, nel caso di subingresso nella titolarità della concessione stessa¹⁸⁵.

La questione deve essere inquadrata nella scia dell'ormai consolidato insegnamento giurisprudenziale comunitario, in virtù del quale in materia di concessioni demaniali, occorre aver riguardo ai principi comunitari che impongono gare pubbliche ogni volta si debbano affidare commesse o beni pubblici.

La questione controversa riguarda l'applicabilità anche nel caso di sub-ingresso in una concessione demaniale, di una procedura ad evidenza pubblica, per la selezione del soggetto subentrante, indipendentemente dalla ragione a base della vicenda successoria.

Benché infatti l'atto di concessione trovi ancora oggi il proprio fondamento nella considerazione del rapporto fiduciario instaurato con l'originario concessionario, le norme che contemplano la concessione non mancano di consentire la possibilità di trasferimento ai terzi dei diritti del concessionario medesimo, sia pure subordinatamente a un atto autorizzativo, *latu sensu* permissivo, dell'Amministrazione concedente.

Il referente normativo è rappresentato dall'art. 46 del Cod. nav. a mente del quale esistono tre ipotesi di modificazione soggettiva del rapporto derivante da una concessione di beni demaniali.

¹⁸⁴ Rileva Caranta R., *I contratti pubblici*, Torino, 2011, pagg. 297 e ss., che: "Conformemente allo stile nazionale, la preoccupazione si è tradotta in una serie di disposizioni di dettaglio, oggi raccolte nell'art. 34 del Codice dei contratti pubblici, ed in un atteggiamento tendenzialmente formalistico. Il tentativo era quello di fissare in forme giuridiche ben note i requisiti dei potenziali contraenti delle pubbliche amministrazioni. Inevitabilmente, un atteggiamento del genere si è scontrato con il diritto di fonte europea, il quale, da un lato, non può permettere che il formalismo giuridico nazionale costituisca un ostacolo alla libera circolazione, e, dall'altro lato, è comunque pregiudizievole a favore della partecipazione – e quindi della concorrenza – quanto più ampia possibile alle- e nelle – gare per l'aggiudicazione di contratti pubblici".

¹⁸⁵ Sul punto interessante la ricostruzione elaborata dal Di Giandomenico G., *Demanzialità marittima e subingresso nella concessione dei porti turistici*, in *Foro amm. CDS* 2004, 7-8, pagg. 2354 e ss. L'A. ricorda che: "le vicende modificative o, addirittura, estintive della concessione possono influire sugli effetti del contratto, comportandone la risoluzione o, comunque, la cessazione...la patologia dell'atto amministrativo (concessione), può reagire travolgendo la validità dell'atto negoziale (il contratto)".

La sostituzione volontaria di un terzo nella posizione del concessionario è la prima ipotesi, presa in considerazione dalla disposizione citata qualora il concessionario intenda sostituire altri nel godimento della concessione, richiedendo comunque l'autorizzazione dell'autorità concedente.

La seconda ipotesi è quella di sostituzione di un terzo nella titolarità del rapporto pubblico, a seguito di un atto traslativo, volontario o coattivo, di opere e impianti insistenti sui beni oggetto della concessione; in proposito, il secondo comma dell'art. 46 prevede che, in caso di vendita o di esecuzione forzata, l'acquirente o l'aggiudicatario di opere o impianti costruiti dal concessionario non può subentrare nella concessione senza l'autorizzazione dell'autorità concedente.

La terza ipotesi è quella di successione, l'ultimo comma della disposizione citata prevede che, in caso di morte del concessionario.

In tutti questi casi l'autorizzazione dell'Autorità concedente dovrebbe rivestire un carattere meramente formale, di notificazione o di pubblicità notizia, non conservando la medesima un vero e proprio potere di signoria discrezionale in ordine all'esercizio della potestà autorizzatoria.

La previsione di procedure ad evidenza pubblica in materia di beni demaniali non sembrerebbe aver investito, al momento, l'istituto del sub-ingresso, che ha, di fatto, differente natura giuridica rispetto all'affidamento o al rinnovo che invece richiederebbero sempre l'esperimento di una procedura selettiva pubblica "comunitariamente orientata".

La giurisprudenza è pervenuta ad analoghe considerazioni anche con riferimento alla concessioni di aree portuali¹⁸⁶, attualmente disciplinate dalla

¹⁸⁶ Cfr. Cons. Stato, 4 ottobre 2002, n. 5259, in *Dir. Mar.*, 2003, 494 e ss. con nota di Duca G., *Impresa terminalista e affidamento a terzi dell'attività*. *Contra* Cfr. Tar Puglia, Lecce, sez. I, 24 gennaio 2002, n. 184, in *Foro Amm. TAR*, 2002, 233, a mente del quale "La norma di cui all'art. 45 bis c. nav., come novellato dalla l. 16 marzo 2001 n. 88, che consente al concessionario di beni demaniali l'affidamento a terzi dell'attività oggetto della concessione, applicabile al demanio costiero, è incompatibile con la disciplina dettata per il demanio portuale dalla l. 28 gennaio 1994 n. 84, in particolare con l'art. 18 comma 7 secondo il quale l'impresa concessionaria di un'area demaniale deve esercitare direttamente l'attività per la quale ha ottenuto la concessione, non può essere al tempo stesso concessionaria di altra area demaniale nello stesso porto e non può svolgere attività portuali in spazi diversi da quelli che le sono stati assegnati in concessione, nell'intento di assicurare il massimo grado di concorrenza tra gli operatori e di assicurare il possesso di requisiti di capacità imprenditoriale e di organico di lavoratori adeguato al piano d'impresa da parte delle società concessionarie". Appare utile non limitarsi alla massima della decisione citata e riprodurre il percorso argomentativo seguito dal Giudice pugliese che scrive: "Il terminalista è (o deve essere) in grado di svolgere compiutamente il ciclo operativo di tutti i servizi relativi alla merce ed è fornito di risorse di vario tipo (umane e strutturali) idonee a realizzare il programma di sviluppo; inoltre, poiché

legge di riforma dell'ordinamento portuale, l. 84/94.

Il contrasto era stato originato dal quesito circa l'obbligatorietà in capo al concessionario di esercitare "personalmente" le facoltà connesse all'atto concessorio, come sembrava previsto dall'art. 18 della l. 84/94, o se fosse ammissibile la subconcessione, dando applicazione anche alle previsioni contenute nell'art. 45 *bis* cod. nav., direttamente riferite alle concessioni demaniali marittime¹⁸⁷.

Il Giudice amministrativo perviene alla conclusione di ritenere ammissibile la subconcessione a terzi di aree portuali, previa autorizzazione dell'autorità competente.

con la sua attività imprenditoriale soddisfa le richieste di servizi da parte dell'utente portuale (avuto riguardo a imbarco, scarico, trasbordo, deposito e movimenti della merce), può tendere, in qualche misura, ad assumere una posizione dominante rispetto agli altri operatori (autorizzati). In coerenza con la definizione data anche in sede di normativa internazionale uniforme (la *United Nation Convention on the liability of Operators of Transport Terminals in International Trade* del 1991) il terminalista, che, peraltro, costituisce il punto di riferimento e di incontro nelle strutture del porto dei vari tipi di trasporto, deve avere adeguati requisiti professionali e organizzativi atti alla realizzazione completa dei vari segmenti operativi e funzionali dell'attività relativa alla merce e alla nave. A questo proposito, la legge (art. 18, comma 6) prevede che il terminalista deve: «a) presentare, all'atto della domanda, un programma di attività, assistito da idonee garanzie, anche di tipo fideiussorio, volto all'incremento dei traffici e alla produttività del porto; b) possedere adeguate attrezzature tecniche ed organizzative, idonee anche dal punto di vista della sicurezza a soddisfare le esigenze di un ciclo produttivo ed operativo a carattere continuativo ed integrato per conto proprio e di terzi; c) prevedere un organico di lavoratori rapportato al programma di attività di cui alla lettera a)». Si precisa, infatti, che – imprescindibilmente – il modello delineato può funzionare solo a patto che gli imprenditori (terminalisti e non) possiedano capacità imprenditoriale e organico di lavoratori adeguato rispetto al loro piano di impresa. Pertanto, scopo dei controlli è proprio la verifica dei requisiti che condizionano la loro presenza in porto e che giustificerebbero, in caso di esito negativo, la revoca dei provvedimenti autorizzatori e concessori. Al comma 8, infatti, è disposto che «L'autorità portuale o, laddove non istituita, l'autorità marittima sono tenute ad effettuare accertamenti con cadenza annuale al fine di verificare il permanere dei requisiti in possesso al momento del rilascio della concessione e l'attuazione degli investimenti previsti nel programma di attività di cui al comma 6». Ragionevole appare dunque, nell'ottica appena delineata, la previsione di cui al comma 7 dell'art. 18 della legge del 1994 che espressamente dispone «In ciascun porto l'impresa concessionaria di un'area demaniale deve esercitare direttamente l'attività per la quale ha ottenuto la concessione, non può essere al tempo stesso concessionaria di altra area demaniale nello stesso porto, a meno che l'attività per la quale richiede una nuova concessione sia differente da quella di cui alle concessioni già esistenti nella stessa area demaniale, e non può svolgere attività portuali in spazi diversi da quelli che le sono stati assegnati in concessione». Tale obbligo dell'esercizio diretto – rafforzando e confermando la logica del modello organizzativo delle attività portuali – si sostanzia nel prevedere che la terziarizzazione di taluni servizi o fasi di attività da parte del terminalista resti, comunque, limitata al soddisfacimento di fisiologiche esigenze di specializzazione, flessibilità e pluralismo funzionali allo sviluppo del porto ed alla concorrenza».

¹⁸⁷ Cfr. Giardini A., *I porti e i servizi portuali*, in Zunarelli. S., a cura di, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia- Il diritto del Mercato del Trasporto (diretto da Galgano F.)*, Padova, 2008, 306. Secondo l'A. «Si distingue, nell'ambito del demanio marittimo, tra demanio portuale e demanio costiero, evidenziando il profilo della funzionalizzazione dei porti al perseguimento di molteplici finalità, economiche e sociali, con strutturazione e gestione imprenditoriale produttiva».

Cita, a sostegno della decisione assunta, l'art. 8, comma 3, lett. h), legge di disciplina dei porti, a tenore della quale il Presidente dell'Autorità portuale esercita, nella gestione delle aree portuali, le attribuzioni stabilite negli articoli da 36 a 55 e 68 del codice della navigazione.

Evidentemente, ad opinione del giudicante, tra le disposizioni richiamate si annovera anche quella prevista dall'art. 45 *bis*, cod. nav., inerente la subconcessione.

Il principio generale, che continua a permanere, è quindi quello dell'esercizio diretto della concessione, suscettibile di eccezione, attraverso la subconcessione delle aree del demanio portuale con l'assenso del plesso amministrativo competente.

Per il Consiglio di Stato l'art. 18, della l. n. 84 del 1994, nel prevedere l'esercizio diretto della concessione, conserva una sorta di "clausola di stile" non dissimile da quella relativa a tutte le concessioni demaniali, ma non ha dettato una norma imperativa inderogabile, che, come tale, non troverebbe riscontro nel sistema complessivo delle concessioni demaniali.

Una creazione giurisprudenziale di particolare interesse riguarda il sub-ingresso determinato dalla successione a seguito di concordato fallimentare dell'originaria concessionaria; una successione a titolo universale della cessionaria del compendio fallimentare in tutte le posizioni giuridiche attive e passive della cedente, compresa la titolarità della concessione demaniale¹⁸⁸.

L'interesse teorico della vicenda attiene alla qualificazione della concessione come bene di secondo grado nella cornice della "scomposizione azionaria" delle facoltà di godimento del bene concesso nell'ambito del diritto delle società per azioni, quale prototipo normativo di tutte le società di capitali.

Parte della giurisprudenza è incline a ritenere che la cessione di un pacchetto azionario attributiva del diritto di godimento di un "posto-barca" possa essere qualificata nei termini di una sub-concessione, ai sensi dell'art. 45bis del Cod. nav. con conseguente insensibilità alle successive vicende dell'ente emittente del titolo azionario.

¹⁸⁸ Cfr. Cass. civ., 26 maggio 2009, n. 12140, *Cala dei Genovesi c. Porto di Lavagna*, "Nel concordato fallimentare con assuntore la cessione delle attività, salvo patto contrario, comporta il trasferimento di tutte le posizioni di cui era titolare il fallito comprese quelle relative agli interessi legittimi?"

La vicenda specifica, analizzata dalla Suprema Corte di Cassazione, riguarda la Società Cala dei Genovesi s.p.a. che, in forza di atto di assenso in data 22 giugno 1974, approvato con provvedimento del Ministero dei Trasporti e della Navigazione, il 13 luglio 1974, risultava infatti essere concessionaria per anni cinquanta di una zona di arenile della superficie di 23.000 metri quadrati e dei 290.000 metri quadrati di specchio acqueo ad essa antistante, in Lavagna, tra la foce del Torrente Entella e la Piazza Milano.

La concessione demaniale era stata assentita allo scopo di costruire e di gestire un approdo turistico con incameramento del medesimo al patrimonio pubblico allo scadere dell'atto di assenso ed il provvedimento di concessione attribuiva alla Cala dei Genovesi S.p.a. la facoltà di provvedere all'assegnazione dei punti di approdo agli utenti.

Realizzato l'approdo turistico si pose, pertanto, il problema per la Cala dei Genovesi della scelta della forma giuridica da attribuire alla cessione dei posti barca in assenza di una compiuta disciplina legislativa sul punto.

La soluzione adottata dall'originaria concessionaria fu quella di riservare ai soci della Cala dei Genovesi stessa un diritto di godimento del posto barca per l'intera durata della concessione collegato alla titolarità delle azioni della società.

Tuttavia l'impresa fu dichiarata fallita, in data 2 aprile 1998, dal Tribunale di Milano e si vide costretta a presentare, pertanto, proposta di concordato fallimentare nella quale la Porto di Lavagna s.p.a. aveva il ruolo di assuntore accollandosi i debiti e ricevendo in cambio la cessione dell'attivo fallimentare.

Il Comune di Lavagna autorizzò la Porto di Lavagna s.p.a. al subingresso nella concessione demaniale originaria ai sensi dell'art. 46 Cod. nav. ponendo quindi la questione della tutela dei soggetti titolari di una partecipazione azionaria della vecchia concessionaria quale strumento per assicurare il godimento di un "posto barca".

L'applicazione degli ordinari mezzi di tutela della vendita, sia per il cessionario che il contraente ceduto (titolare di posto barca), dipende dalla qualificazione della concessione come bene di secondo grado, possibile soltanto ove si abbia riguardo alla natura societaria dell'impresa concessionaria.

L'esatta identificazione dell'oggetto del contratto di trasferimento di partecipazioni sociali diviene, quindi, il punto nodale della questione e strumento per comprendere le scelte operate dalla Suprema Corte.

In prime cure occorre stabilire se oggetto di trasferimento sia la partecipazione sociale, quale autonomo bene giuridico, o il patrimonio della società (o una sua quota) e la possibilità della cedibilità, nel caso di specie, della concessione demaniale subordinata alla mera autorizzazione dell'autorità concedente, come oggi riconosciuto dalla Cassazione.

Si tratta, in altri termini, di risalire alla natura giuridica della partecipazione sociale, che può essere intesa come insieme delle situazioni giuridiche soggettive favorevoli e sfavorevoli inerenti allo status di socio ovvero quale diritto reale del socio sui beni costituenti il patrimonio della società o quale "bene di secondo grado"¹⁸⁹.

Aderendo alla prima impostazione si giunge, inevitabilmente, a negare qualunque rilevanza alla consistenza qualitativa e quantitativa del patrimonio sociale, che appartiene alla società, soggetto giuridico distinto rispetto al titolare delle azioni, che non può, pertanto, disporre di ciò che non gli appartiene.

Accogliendo l'altra opzione ermenutica, in particolare intendendo le azioni o le quote come "beni di secondo grado", "rappresentativi di diritti su beni che, pur essendo ricompresi nel patrimonio della società, sono, in una certa misura, oggetto di appartenenza da parte dei singoli soci"¹⁹⁰, si riesce a tutelare maggiormente il titolare di una partecipazione che attribuisca il diritto al godimento di un posto barca, creando un collegamento tra azione e patrimonio sociale, che consente di far valere i difetti relativi alla consistenza del secondo, anche in assenza di un espresso riferimento ad essi.

La teoria delle azioni come beni di secondo grado, quale corollario di una concezione riduzionista della personalità giuridica, appare, però, minoritaria in dottrina¹⁹¹ ed era stata abbandonata anche dalla Cassazione, che, fatta

¹⁸⁹ Cfr. Ascarelli T., *Riflessioni in tema di titoli azionari e società tra società*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, 238 e ss. L'A. sostiene che "le azioni sono alla fine rappresentative di diritti relativi a beni che pur sempre economicamente appartengono, attraverso la collettività di cui è parte, al titolare delle azioni stesse".

¹⁹⁰ Cfr. Cass. Civile, sez. I, 20 febbraio 2004, n. 3370, in *Giurisprudenza Italiana*, 2004, 5, 998.

¹⁹¹ Cfr. Galgano F., *Diritto civile e commerciale*, 2004, Padova, II, 2, 21.

eccezione per qualche isolata pronuncia, sembrava orientata a negare che i beni della società potessero considerarsi beni dei soci e manteneva ferma la netta separazione tra la società e il socio, soggetti giuridici distinti e dotati di autonomia patrimoniale.

Una speranza di tutela, dei titolari di partecipazioni azionarie “di godimento di posto barca”, potrebbe rinvenirsi nell’orientamento espresso dalla Cassazione con la sentenza n. 3370/2004¹⁹²

In questo caso il Supremo Collegio è riuscito a garantire tutela all’acquirente di partecipazioni sociali, impedendo che l’alterità soggettiva potesse essere invocata “per deludere il legittimo affidamento che il cessionario ha fatto secondo buona fede sulla presenza di determinati requisiti nei beni sociali o sulla consistenza del patrimonio della società”¹⁹³, in tal modo il superamento dell’alterità soggettiva tra società e socio consente di reprimere un possibile abuso della personalità giuridica.

I beni della società non vanno considerati estranei all’oggetto del contratto di cessione di partecipazioni sociali, in quanto non sono per il cedente, se socio di controllo, beni di un terzo, bensì beni che gli appartengono, sia pure in modo diverso da come gli appartengono i suoi beni personali¹⁹⁴.

Individuato l’oggetto del contratto di cessione di pacchetto azionario, in mancanza di clausole di garanzia espresse, risulta invero problematica la tutela dei contraenti “ceduti” titolari di partecipazioni veicolo del godimento di una frazione dell’infrastruttura portuale che sembrano esposti alle mutevoli vicende della concessione se non riconoscendo agli stessi una titolarità frazionata della concessione.

L’autorizzazione dell’amministrazione concedente andrebbe presunta siccome rilasciata ad una società per azioni.

In ogni caso è necessario prendere atto dell’insufficienza del regime di tutela dei titolari di partecipazione azionaria incorporanti un diritto concessorio¹⁹⁵ e

¹⁹² Cass. civ., 20 febbraio 2004, n. 3370, in *Giurisprudenza Italiana*

¹⁹³ Galgano F., *Cessione di partecipazioni sociali e superamento della alterità soggettiva fra socio e società*, in *Contratto e Impresa*, 2004, 543.

¹⁹⁴ Galgano F., *Ibidem*. L’A. precisa “il fatto che gli appartengono in modo diverso da come gli appartengono i suoi beni personali assume rilievo ad altri fini, per quanto riguarda le loro modalità di utilizzazione, collettiva anziché individuale, ma non lo sottrae alle garanzie dovute dal venditore per vizi o mancanza di qualità delle cose vendute”.

¹⁹⁵ Nella vicenda particolare, connessa al Porto di Lavagna, alla corresponsione dell’intero prezzo dovuto per la sottoscrizione della partecipazione azionaria potrebbe non essere seguita,

per converso una sostanziale incertezza giuridica del regime circolatorio della concessione non può “ristretto” entro gli angusti limiti della previgente disciplina di carattere imperativo, stante la possibilità di prevedere forse di autorizzazione presuntiva e generale.

6. La concessioni del demanio portuale quale occasione per la realizzazione dei cosiddetti cluster logistici.

Le concessioni di aree e di banchine portuali, al fine di consentire l’esecuzione di servizi a favore della movimentazione di merci, attualmente regolate, come sopra analizzato, dall’art. 18 della legge di riforma dell’ordinamento portuale costituiscono l’occasione per trattare, seppure succintamente, di un tema nuovo e pur complementare a quello analizzato in questa tesi, quello della concessione di “cluster logistici”¹⁹⁶.

Nell’ultimo decennio si è discusso lungamente delle possibilità di modificare la legge che disciplina l’ordinamento portuale evidenziando le carenze di un sistema “elefantiaco” in rapporto ai bisogni della logistica nazionale¹⁹⁷.

Il numero delle Autorità Portuali istituite sulle scorta delle disposizioni contenute nella l. 84/94 appare ormai irragionevole rispetto alle esigenze del Paese e gravido di un costo economico ed ambientale intollerabile.

La riconversione dei Porti nazionali sede di Autorità Portuale in “*cluster logistici*” potrebbe rappresentare una opportunità di sviluppo del sistema logistico nazionale e di risposta alle esigenze del tessuto produttivo del nostro Paese.

L’evoluzione del “terminale portuale” in concessionario di servizi di logistica rappresenta, a ben vedere, un passaggio meno ardito di quanto potrebbe apparire a primo approccio solo che si ponga mente alla nozione di operazione portuale connessa, com’è, alla “*movimentazione*” della merce ed al compimento di un “ciclo” connotato proprio dall’idea dello spostamento da un

nella varietà e diversità delle posizioni dei tanti “titolari di posto barca”, l’emissione del titolo azionario corrispondente, con evidenti implicazioni in punto di tutela dei diritti degli azionisti ma anche dei successivi acquirenti del compendio portuale stesso.

¹⁹⁶ Cfr. Brignardello M., *Le concessioni di aree e di banchine portuali ex art. 18 L. n. 84/1994: problemi interpretativi e prospettive di riforma*, in *Riv. Dir. Nav.*, 2010, II, 467 e ss.

¹⁹⁷ La produzione dottrinale sul tema della riforma dell’ordinamento portuale è vastissima e si rinvia per le note bibliografiche al recente contributo di Mastrandrea G., *Il disegno di legge governativo in materia di riforma della legislazione in materia portuale: una breve panoramica delle principali novità de iure condendo*, in *Riv. dir. nav.*, 2010, 210 e ss.

luogo fisico, tradizionalmente rappresentato dalla “murata” del galleggiante, ad un altro, il terminale di stoccaggio.

In altre parole si tratta di passare da una concezione “portuale” e statica di terminale ed impresa terminalista ad una concezione globale e dinamica di attore della logistica.

Negli ultimi anni è stato ampiamente studiato il fenomeno dell’esternalizzazione dei servizi di logistica che pone, come noto, un problema di coordinamento organizzativo e di integrazione tra imprese produttrici e fornitrici di servizi di logistica.

La dottrina distingue tradizionalmente quattro tipologie di distretti logistici¹⁹⁸.

In primo luogo vengono individuate le cosiddette “*piattaforme logistiche*” che appaiono caratterizzate dalla presenza di un nocciolo operativo assai ristretto, spesso costituito dalla presenza di un’unica entità imprenditoriale, dedicata essenzialmente alla produzione di un solo servizio logistico.

Il Porto di Gioia Tauro costituirebbe proprio un classico esempio del primo tipo.

Un secondo fenomeno fattuale, che può essere osservato nei cosiddetti “distripark” olandesi¹⁹⁹, è costituito dai poli logistici specializzati in un solo segmento di attività ma con la presenza di un numero normalmente elevato di operatori professionali.

Una terza modalità, più avanzata, di parco logistico è connotata dalla presenza di un più ampio raggio di specializzazioni capace di attrarre segmenti di clientela differenziati a seconda della specifica domanda rappresentata.

¹⁹⁸ Cfr. Vona R., *Riflessioni sul concetto di distretto logistico*, in *Sinergie* 2001, 239 e ss.

¹⁹⁹ Cfr. Salomone A., *La logistica nei Paesi Bassi - Hub Logistico di Rotterdam opportunità per l’attività logistica delle ditte italiane*, in www.ice.it. L’A. ricorda che l’espressione “distripark” è stata coniata negli anni ottanta del secolo scorso per indicare un’area contigua al porto cui era riservato un ruolo secondario e marginale mentre oggi “Il Distripark è una piattaforma logistica avanzata in grado di fungere anche da anello di congiunzione fra industria e servizi...dove è possibile dare valore aggiunto alle semplici operazioni di carico e scarico dei container. Le merci vengono prelevate dai container e attraverso attività logistiche a valore aggiunto quali il confezionamento, l’etichettatura, l’assemblaggio, il controllo qualità e imballaggio, vengono poi preparate per la spedizione, adattandole così alle richieste del cliente finale e ai requisiti del Paese di destinazione. I Distripark non sono più dunque destinati solamente al supporto delle attività portuali legate al traffico container, ma si pongono a servizio delle imprese e dei settori produttivi sia locali, sia esterni all’area. All’interno del Distripark ci sono magazzini, servizi gestionali, servizi informativi e telematici, ma anche capannoni dove possono essere svolte attività manifatturiere per trasformare semilavorati, di provenienza internazionale o nazionale, in prodotti finiti da immettere nei mercati esteri”.

Infine, vi sono distretti che non esprimono una chiara vocazione specialistica, un esempio chiaro è costituito dall'interporto di Bologna, e pur ambendo a rispondere a tutte le domande di servizi logistici non sembrano, tuttavia, in grado di assolvere ai compiti che essi stessi si attribuiscono.

La crisi dei distretti industriali italiani altamente specializzati e della portualità italiana “minore” potrebbe rappresentare un'occasione unica di contaminazione dei generi, “portualità” e “logistica”, per rispondere alla sfida commerciale “cinese” ormai incombente in ogni settore.

Nel settore dell'abbigliamento, ad esempio, si stima che il costo del lavoro cinese sia inferiore dalle sei alle sedici volte di quello comunitario²⁰⁰.

Eppure un sistema portuale avanzato potrebbe offrire un vantaggio competitivo evidente costituito dalla rapidità di risposta ai bisogni di consumo espressi dai mercati di sbocco prossimi.

Il trasporto trans-oceanico dalla Cina all'Europa può determinare un ritardo, in rapporto alla risposta di una spedizione da un porto nazionale, stimato in un lasso di tempo compreso fra le tre e le sette settimane mentre un analogo trasporto aereo avrebbe un costo difficilmente sostenibile da parte del consumatore finale²⁰¹.

La moderna industria del “fashion”, sia quella che fa leva sui cosiddetti brand del lusso sia quella dei “grandi magazzini a buon mercato”, comprende la necessità di intercettare mode e tendenze sempre più rapide tanto al momento della loro nascita quanto al momento del loro declino.

Proprio l'abbreviazione di questo ciclo di vita del prodotto, che potrebbe essere rappresentato ad esempio dal capo di abbigliamento indossato da un artista in un'occasione pubblica destinato a “fare tendenza”, costituisce un'opportunità che un moderno sistema portuale-logistico potrebbe cogliere.

La competizione nel settore dei servizi logistici non risulta più ad appannaggio del confronto tra imprese appartenenti al medesimo segmento produttivo (la fornitura di servizi logistici), ma appare condizionata dalle scelte compiute in relazione alla localizzazione degli impianti produttivi e dall'efficacia delle iniziative di coordinamento realizzate nel distretto di appartenenza.

²⁰⁰ Sheffi Y., *Logistics clusters Delivering Value and Driving Growth*, Boston, 2012, 1 e ss

²⁰¹ Sheffi Y., *Op.cit.*, 4.

In tale ottica le realtà minori portuali potrebbero essere riconvertite in poli logistici e la concessione dei terminali non dovrebbe più essere condizionata dalla mera autorizzazione ad operare in ambito portuale bensì, in prospettiva *de iure condendo*, dalla capacità di produrre e movimentare beni e servizi.

CONCLUSIONI

Alla fine di questo studio è chiaro come le domande in attesa di una risposta continuino a prevalere, numericamente e qualitativamente, sui nodi risolti della materia.

Tuttavia, alcune linee di tendenza appaiono comunque evidenti e sembrano in via di costante accelerazione.

Molto si è scritto e detto del processo di integrazione comunitaria, espressione forse desueta ma estremamente attuale, che rappresenta certamente un'occasione di rinnovamento del sistema giuridico interno, bisognoso, a tutti gli effetti, di una nuova legittimazione formale scosso, com'è attualmente, nelle sue stesse fondamenta.

La semplificazione transnazionale dei tradizionali istituti giuridici di concessione e di bene pubblico, assieme causa ed effetto del nuovo processo di globalizzazione in atto, esige una riscrittura di entrambe le categorie giuridiche. Occorre interrogarsi se il tradizionale strumento legislativo interno sia in grado di dare una risposta a quest'esigenza o se, come spesso accaduto nel recente passato, si limiterà a dare conto delle modifiche intervenute con la tardiva trasposizione di regole elaborate altrove.

La via più breve, e probabilmente di immediata efficacia operativa, potrebbe essere rappresentata dalla redazione di un nuovo codice dei beni pubblici, assieme compilativo ed innovativo, che, tenendo conto dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale, valorizzi il precetto costituzionale della sussidiarietà orizzontale, riconoscendo l'iniziativa privata, e la titolarità dei beni per il suo esercizio necessario, quale regola, e non semplice eccezione, nella soddisfazione di bisogni comuni.

Lo stesso termine concessione, che rievoca una concezione di amministrazione come potere, andrebbe probabilmente rimeditato, forse nello stesso corpo della l. 241/90, quale strumento di correzione degli eccessi mercantilitici del libero mercato di stampo comunitario.

Dovrebbe, in altri termini, essere invertito il tradizionale modo di concepire la relazione cittadino-amministrazione, espressa nell'atto concessorio, abbandonando l'idea preconcepita dell'atto di concessione quale strumento di

soddisfazione di un interesse pubblico espresso e valutato dall'amministrazione concedente al momento del rilascio della stessa.

In realtà la concessione esiste soltanto perché risponde ad un'esigenza di carattere privato, che normalmente può farsi coincidere con la tendenza alla massimizzazione del profitto personale del singolo concessionario (anche se non necessariamente espresso in termini di utilità economica).

Lo statuto comune dell'atto di concessione di beni *lato sensu* pubblici dovrebbe tenere assieme e soddisfare tre parametri essenziali, in parte descrittivi del ruolo storicamente ricoperto dallo stesso, in parte programmatici, che possono essere sintetizzati nella finalità di accrescere il benessere individuale e di riflesso collettivo, di difendere la libertà interiore ed esteriore del concessionario all'intero di un assetto regolativo stabile e costante almeno per tutta la durata del rapporto concessorio ed infine di favorire i comportamenti virtuosi dei consociati, contenendo le derive speculative endemiche ai sistemi di libero mercato attraverso un sistema sanzionatorio chiaro nella formulazione dei suoi precetti e certo nella sua applicazione fattuale.

BIBLIOGRAFIA

Acquarone L., *Aspetti pubblicistici della disciplina delle imprese portuali*, in *Rivista di diritto della navigazione*, 1967, I, 3 e ss.

Angelone C.-Silingardi G., *Il demanio marittimo- Rassegna sistematica di giurisprudenza*, Milano, 1999

Antonini A., *il federaggio e la liberalizzazione del cabotaggio comunitario*, in *Dir. mar.*, 1998, 895 e ss.

Ascarelli T., *Riflessioni in tema di titoli azionari e società tra società*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, 238 e ss.

Athanassiu A., *Aspect juridiques de la libéralisation du cabotage européen*, in *Dir. mar.*, 1998, 577 e ss..

Balocco G., *La concessione demaniale marittima tra diritto interno e principi comunitari*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2011, 2, 444 e ss.

Benetazzo C., *Concessione di beni pubblici e tutela della concorrenza*, in *Foro amministrativo CDS*, 2010, 7-8, 1463e ss.

Betti E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949

Calvetti S., *C'era una volta il rinnovo dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, 2012, 4, 432-436.

Cammeo F., *Demanio*, in *Digesto Italiano*, IX, Torino, 1887-1898, 903 e ss.

Cantarini S., *I servizi marittimi*, in Zunarelli S., *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia (diretto da Galgano F.)*, 41 e ss.

Capobianco V., *Il federalismo demaniale: modalità applicative*, in *Il Diritto marittimo*, 2011, *Il Diritto marittimo*, 2011, 769 e ss.

Caputi Jambrenghi V., *Beni pubblici (uso dei)*, in *Digesto pubblico*, II, Torino, 1987, 304 e ss.

Caputi Jambrenghi V., *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici*, Napoli, 1979

Caputi Jambrenghi V., *Proprietà dovere dei beni in titolarità pubblica*, in *Annuario AIPDA 2003*, Milano 2004, 61e ss.

Caranta R., *Forma giuridica dei partecipanti alla gara e R.T.I.*, in Garofoli-Sandulli, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005, 558 e ss.

Caranta R., *I contratti pubblici*, Torino, 2011

Caranta R., *Nota di commento a C.G.C.E., 29 novembre 2007, in C-119/06, Commissione vs Italia*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 293 e ss.

Carbone S.M., *La c.d. privatizzazione dei porti e delle attività portuali in Italia tra disciplina nazionale e diritto comunitario*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2001, 01, 1 e ss.

Cassese S., *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano 1969

Cassese S., *Legge di riserva e articolo 43 della Costituzione*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1960, 1332 e ss.

Castronovo V., *Storia economica d'Italia*, Torino, 2006

Cerulli Irelli V., *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983

Cerulli Irelli V., *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni*, in *Titolarità pubblica e regolazione dei beni*, *Annuario AIPDA 2003*, Milano 2004, 4 e ss.

Chirulli P., *I soggetti ammessi alle procedure di affidamento degli appalti di lavori, servizi e forniture*, in Franchini C., *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010, 351 e ss.

Comenale Pinto M.M., *Questioni classiche in tema di arenili*, in *Giustizia civile*, 2010, 5, 1202 e ss.

Conti R., *Corte Costituzionale e CEDU: Qualcosa di nuovo all'orizzonte?*, in *Il Corriere Giuridico*, 5, 2010, 619 e ss.

Corbino M.L., *Il demanio marittimo. Nuovi profili funzionali*, Milano, 1990,

D'Alberti M., *Concessioni amministrative*, in *Enciclopedia. Giuridica*, VII, 1.1.

Cortese F., *Dalle valli da pesca ai beni comuni: la Cassazione rilegge lo statuto dei beni pubblici?*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2011, 11, 1170 e ss.

Crismani A., *La partecipazione alle gare di operatori economici pubblici*, in *Scritti in onore del prof. Marco Giusti*, Torino, 2009, 273 e ss.

De Gioannis G., *Corso di diritto pubblico amministrativo*, I, Firenze, 1877

De Gioia V., *Le regole da osservare per il rilascio della concessione demaniale*, in *Urbanistica e Appalti*, 2009, 8, 1004 e ss.

De Pauli L., *La partecipazione delle Università alle procedure di evidenza pubblica.*, in *Urbanistica e Appalti*, 2010,

Di Comite V., *La nozione di impresa nell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2004, 2025 e ss.

Di Dio F., *Controversie sulla demanialità marittima e inconfigurabilità della sdemanializzazione tacita*, in *Diritto Marittimo*, 2009, 753 e ss.

Di Dio F., *Le modalità di acquisto della demanialità marittima: la posizione attuale della dottrina e della giurisprudenza*, in *Diritto e giurisprudenza agraria*, 2007, 619 e ss.

Di Giandomenico G., *Demanialità marittima e subingresso nella concessione di porti turistici*, in *Foro amministrativo CDS*, 2004, 7-8, 2354 e ss.

Duca G., *Impresa terminalista e affidamento a terzi dell'attività*, in *Diritto Marittimo*, 2003, 494 e ss.

Francario F., *Privatizzazioni, dismissioni e destinazione "naturale" dei beni pubblici*, in *Titolarità pubblica e regolazione dei beni*, *Annuario AIPDA 2003*, Milano 2004, 191e ss.

Galgano F., *Cessione di partecipazioni sociali e superamento della alterità soggettiva fra socio e società*, in *Contratto e Impresa*, 2004, 543 e ss.

Galgano F., *Diritto civile e commerciale*, 2004, Padova, II, 2

Giannini M.S., *I beni pubblici*, Roma 1963

Giardini A., *I porti e i servizi portuali*, in Zunarelli. S., (a cura di) *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia- Il diritto del Mercato del Trasporto*, Padova, 2008, 306 e ss.

Giorgi G., *La dottrina delle persone giuridiche*, Firenze, 1891, II

Granara D., *I beni demaniali marittimi ed il relativo regime giuridico*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, f. 6, 277 e ss.

Greco T.- Greco M., *La storia immutata delle valli da pesca dalla Serenissima ad oggi*, in *Il Corriere Giuridico*, 2011, 807 e ss.

Grimaldi M., *La durata della concessione e il concetto di adeguatezza*, in *Il Diritto Marittimo*, 2011, 697 e ss.

Guccione C., *La comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2000, 1253 e ss.

Guicciardi E., *Il demanio*, Padova, 1934

Guicciardi E., *La condizione giuridica delle valli di pesca secondo il Codice della navigazione*, in *Diritto dei beni pubblici*, 1942, 1 e ss.

Guicciardi E., *La condizione giuridica delle valli salse da pesca*, in *Rivista di diritto della navigazione*, 1942, 1 e ss.

Leggiadro F., *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Urbanistica e Appalti*, 2000, 1071 e ss.

Vallania E., *Le innovazioni apportate dalla Comunicazione interpretativa della Commissione nel settore delle concessioni pubbliche*, in *Rivista trimestrale appalti*, 2000, 838 e ss.

Lezzi A., *Concessione di beni demaniali marittimi e federalismo territoriale. Titorarietà e competenze nella tutela degli «interessi articolati»*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 2010, 357 e ss.

Loiero R., *Il federalismo demaniale. Commento organico al d.lgs. 28 maggio 2010 n. 85*, Roma, 2011, 11 e ss.

Lolli A., *Proprietà e potere nella gestione dei beni pubblici e dei beni di interesse pubblico*, in *Diritto Amministrativo*, 1996, 51 e ss.

Magrini E.I., *Gli aeroporti e i servizi aeroportuali*, in Zunarelli S., *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia – Il diritto del mercato del trasporto*, Padova, 2008, 349 e ss.

Mamino D., *La norma di delega al governo in materia di federalismo demaniale*, in *Il Diritto marittimo*, 2011, 783 e ss.

Mangialardi G., *Obbligatoria la gara per il rinnovo di concessione demaniale*, in *Urbanistica e Appalti*, 2009,10, 1210 e ss.,

Mascioli G., *Natura giuridica della duna costiera ovvero i confini marittimi delle nuove competenze locali*, in *Foro Amministrativo Tar*, 2003, 6, 2121 e ss.

Mayer O., *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, 1896, § 35 e 39

Meucci L., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, VI, 1909

Morbidelli G., *Sulla natura privata delle valli da pesca “morte” della laguna veneta*, in *Il Diritto Marittimo*, 2009, 783 e ss.

Napolitano G., *La Patrimonio dello Stato s.p.a. tra passato e futuro: verso la scomposizione del regime demaniale e la gestione privata dei beni pubblici?*, in *Titolarità pubblica e regolazione dei beni*, *Annuario AIPDA 2003*, Milano 2004, 251e ss.

Olivi M., *Beni demaniali ad uso collettivo. Conferimento di funzioni e privatizzazione*, Padova, 2005

Olivi M., *La condizione giuridica delle valli salse da pesca a sessant'anni dal Codice della Navigazione*, in *Dialoghi del diritto, dell'Avvocatura, della giurisdizione*, 2004, 4, 245 e ss.

Olivi M., *La proprietà dei porti turistici*, in *Foro Amministrativo CDS*, 2009, 11, 2685 e ss.

Orrù E., *Il sostegno finanziario pubblico nel settore dei servizi di trasporto*, in Zunarelli S., *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia (diretto da Galgano F.)*, 183 e ss.

Palma G., *I beni appartenenti allo Stato, agli enti pubblici e agli enti ecclesiastici*, in *Rescigno (diretto da) Trattato di diritto privato*, Torino, 1982 ora in *Il regime giuridico della proprietà pubblica*, Torino, 1999, 22 e ss. e 76 e ss.

Pastorino G.A., *Della demanialità dei bacini di acqua salsa e salmastra*, in *Diritto marittimo*, 2009, 700 e ss.

Pericu G., *Porto (navigazione marittima)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, Milano 1985, 424 e ss.;

Persico F., *Principi di diritto amministrativo*, II, Napoli, 1874

Pescatore G., *Natura giuridica delle attività delle c.d. imprese portuali*, in *Rivista di diritto della navigazione*, 1943- 1948, II, 160 e ss.;

Piga F., *L'ordinamento giuridico dei porti*, in *Rivista di diritto della navigazione*, 1965, I, 64 e ss.;

Piola G., *Porti, fari, lidi e spiagge*, in *Digesto It.*, XVIII, Torino, 1906-1912, 1238 e ss.

Raggi L., *Facoltà regolamentari relativamente all'uso di cose patrimoniali dell'amministrazione*, in *Foro Italiano*, 1907, 117 e ss.

Ranelletti O., *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico*, in *Giurisprudenza italiana*, 1897, IV, 335 e ss.

Renna M., *La regolazione amministrativa di beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004

Righetti G., *Trattato di diritto marittimo*, Milano, 1987

Romano S., *Principi di diritto amministrativo*, III ed., Milano, 1912

Rota A., *I beni demaniali dopo le riforme. Proprietà del bene e titolarità della funzione*, Padova, 2007

Salamone L., *Concessioni demaniali, in house providing e società miste: non costituisce titolo preferenziale per il rilascio di una concessione demaniale la pretesa identità tra l'Ente pubblico territoriale e la costituenda società mista*, in *Diritto Marittimo*, 2008, 2, 493 e ss.;

Salamone L., *Gara d'appalto per l'affidamento di una concessione demaniale marittima: aggiudicazione in favore di una società strumentale del comune e conseguente violazione del "decreto Bersani"*, in *Diritto Marittimo*, 1-2, 182 e ss.

- Salomone A.**, *La logistica nei Paesi Bassi - Hub Logistico di Rotterdam opportunità per l'attività logistica delle ditte italiane*, in www.ice.it.
- Sandulli A.M.**, *Beni pubblici*, in *Enciclopedia del diritto*, V, Milano, 1959, 3 e ss.
- Sandulli A.M.**, *Manuale di diritto amministrativo*, I ed., Napoli, 1952
- Sandulli A.M.**, *Spunti per uno studio dei beni privati di interesse pubblico*, in *Diritto economico*, 1956, 163 e ss.
- Scoca F.G. Forza A.**, *Darsene «a secco» e pericolose derive concettuali*, in *Foro amministrativo CDS*, 2003, 110 e ss.
- Sconditti E.**, *Il giudice comune e la tutela dei diritti fondamentali di fonte sovrazionale*, in *Foro Italiano*, 2010, IV, 42 e ss.
- Sheffi Y.**, *Logistics clusters Delivering Value and Driving Growth*, Boston, 2012, 1 e ss
- Sorace D.**, *Cartolarizzazione e regime dei beni pubblici*, in *Aedon*, 2003, 1, 1 e ss.
- Tonoletti B.**, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008
- Vezzoso G.**, *Criteri identificativi della demanialità delle valli da pesca*, in *Diritto marittimo*, 2011, 892 e ss.
- Vona R.**, *Riflessioni sul concetto di distretto logistico*, in *Sinergie* 2001, 239 e ss.
- Xerri A.**, *Per una comune cultura dell'acqua: proprietà e gestione dei beni del demanio marittimo*, in *Il diritto marittimo*, 2011, 398 e ss.
- Xerri Salamone A.**, *L'ordinamento giuridico dei porti italiani*, Milano, 1998
- Zanobini G.**, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958
- Zanobini G.**, *Il concetto della proprietà pubblica e i requisiti giuridici della demanialità*, in *Studi senesi*, 1923, ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 165 e ss.
- Zunarelli S.**, *I servizi portuali di interesse generale nella disciplina della legge 84 del 1994*, in *Studi marittimi*, 1995, 27 e ss.

Zunarelli S., *Osservazioni in merito alla qualificazione giuridica delle darsene scavate a secco (nota a Cons. Giust. Amm. Reg. Siciliana 5 maggio 2009, n. 346)*, in *Il Diritto Marittimo*, 2009, 1143 e ss.

Ringraziamenti

Il presente lavoro è basato, in larga misura, sull'attività di ricerca condotta pazientemente nel triennio della Scuola di Dottorato in Diritto dei Trasporti Europeo.

Il risultato conseguito è il frutto di un dialogo costante e, spero, fecondo con le fonti dottrinarie e gli arresti giurisprudenziali letti ed esaminati lungo un percorso che credo di aver attraversato con allegria e con quella curiosità intellettuale necessaria per sperimentare le proprie certezze e continuare a stupirsi nella scoperta di nuove vie e di sentieri per lungo tempo nascosti.

Non avrei potuto raggiungere nessuno dei risultati che mi ero prefisso all'inizio, se non avessi potuto beneficiare dell'aiuto delle tante persone che ho incontrato nei ruoli più differenti, docenti universitari, avvocati, dottorandi, bibliotecari, concessionari di beni, funzionari e dirigenti pubblici, alle quali va il mio più sentito ringraziamento.

Giunto a questo punto del cammino vorrei esprimere, tuttavia, la mia particolare gratitudine ad uno stretto nucleo di persone che mi hanno costantemente indicato la strada senza farmi sentire il peso della solitudine sofferta durante la ricerca.

Fra queste includo l'Avvocato Franco Fiorenza, che mi ha permesso di godere di un dialogo continuo e fondamentale nello sviluppo dei concetti esaminati nel mio lavoro, ed il Professor Stefano Zunarelli, che ha reso possibile l'esistenza di questo progetto.