

Gabriele Lami
C. Alberto Nebbia Colomba
Stefano Villamena

Le concessioni demaniali marittime

tra passato presente e futuro

a cura di Gabriele Lami

Gabriele Lami
C. Alberto Nebbia Colomba
Stefano Villamena

Le concessioni demaniali marittime

tra passato presente e futuro

a cura di Gabriele Lami

EXEO edizioni The logo for EXEO edizioni features the word 'EXEO' in a bold, serif font, followed by 'edizioni' in a smaller, lowercase sans-serif font. A stylized, curved arrow graphic starts under the 'O' and points upwards and to the right.

Copyright © 2010 Exeo S.r.l.

Tutti i diritti riservati. E' vietata la riproduzione anche parziale e con qualsiasi mezzo senza l'autorizzazione scritta dell'editore.

Exeo S.r.l.

REA CCIAA PD 337549 - ROC 15200 - P. IVA 03790770287

sede legale: piazzetta Modin 12, 35129 Padova

c.s.i.v.: €10.000,00

casella postale 76/a 35028 Piove di Sacco (PD)

tel. 049 9711446 dal lunedì al venerdì dalle 12:30 alle 14:00

fax 049 9711446

info@exeoedizioni.it

www.exeoedizioni.it

Autori, in ordine alfabetico di cognome:

Gabriele Lami, dirigente del settore polizia municipale - demanio ed igiene urbana del Comune di Follonica.

Carlo Alberto Nebbia Colomba, cultore di diritto dei trasporti e della navigazione presso la facoltà di economia dell'Università degli Studi di Pisa, consulente ed esperto in demanio marittimo

Stefano Villamena, ricercatore e professore aggregato di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Macerata.

Prima edizione aggiornata al mese di maggio 2010

collana: studi applicati di PATRIMONIOPUBBLICO.IT

S2 – Le concessioni demaniali marittime

ISBN: 978-88-95578-05-7

Questo volume è stato stampato nel mese di aprile 2010 da: TEXT Fotocomposizione via Cristofori 1/A frazione Vigorova – 35020 Sant'Angelo di Piove di Sacco, PD.

network TERRITORIO.IT:

www.territorio.it - il governo del territorio

www.urbum.it - l'urbanistica e l'edilizia

www.patrimoniopubblico.it - il demanio e il patrimonio pubblico

www.esproprioonline.it - l'espropriazione per pubblica utilità

www.e-stimo.it - l'estimo immobiliare

The logo for EXEO edizioni features the word "EXEO" in a bold, sans-serif font, with "edizioni" in a smaller font below it. A stylized graphic element resembling a lightning bolt or a curved arrow is positioned to the right of the text.

professionisti

pubblica amministrazione

Sommario

Premessa.....	5
---------------	---

Parte I - Gabriele Lami

Le attività turistico ricreative sul demanio marittimo: le conseguenze per l'utilizzo del bene pubblico in relazione al trasferimento di funzioni ed i suoi riflessi sulle attività imprenditoriali.....	7
--	---

1.1. La fascia costiera: confine dello Stato e strumento economico.....	8
1.2. La disciplina gestionale della fascia costiera: l'influenza dell'Urbanistica.....	9
1.3. Il consolidarsi dell'uso turistico ricreativo sul Demanio Marittimo: effetti.....	13
1.4. La modifica del quadro normativo: il trasferimento delle funzioni del 1998.....	19
1.5. Le norme regionali di attuazione.....	22
1.6. Le Regioni della delega e del conferimento: caratteri operativi.....	23
1.7. Un caso particolare: l'esperienza della Regione Toscana.....	31
1.8. Regione Friuli Venezia Giulia: l'apripista della nuova legislazione.....	34
1.9. Lo sviluppo economico della fascia costiera: la nascita del conflitto.....	37
1.10. La gestione dell'emergenza: disciplina nazionale e regionale.....	43

Parte II - Carlo Alberto Nebbia Colomba

La classificazione delle opere realizzate sul demanio marittimo.....	53
--	----

2.1. Inquadramento normativo delle fattispecie.....	54
2.2. L'individuazione dei parametri tecnico-amministrativi per la classificazione delle opere.....	60
2.3. La situazione particolare della Versilia.....	63
2.4. Conclusioni e compilazione del Modelli DI.....	67
2.5. La problematica delle verifiche.....	69
2.6. Ulteriori questioni emergenti.....	75

Parte III - Stefano Villamena

Concessioni demaniali marittime e concorrenza. (Profili ricostruttivi e modalità operative)	83
---	----

3.1. ASPETTI RICOSTRUTTIVI.....	84
3.1.1. Premessa	84
3.1.2. «Indicatori» proconcorrenziali (esterni e interni)	87
3.1.3. La vis espansiva della tutela della concorrenza nei settori tradizionalmente «esclusi»: casi recenti e (tutto sommato) analoghi alle concessioni demaniali marittime.	90
3.1.4. Esclusione dall'obbligo di gara: il caso dell'in house.....	93
3.1.5. La situazione attuale	94
3.1.6. Primi effetti della procedura di infrazione: la presa di coscienza al problema da parte dei Legislatori regionali (cenni e rinvio)	96
3.2. MODALITÀ OPERATIVE (L'AFFIDAMENTO SECONDO I CRISMI DELLA EVIDENZA PUBBLICA)	103
3.2.1. Regole generali.....	103
3.2.2. Le regole puntuali per una procedura di assegnazione	107

parte IV - Appendice documentale

Circolare Ministero della Marina Mercantile n. 53 del 18/7/1962.....	114
Circolare Ministero della Marina Mercantile n. 97 del 12/11/1966.....	117
Verbale riunione a Viareggio su utilizzazione arenili del 29.11.1975.....	120
Procedura di infrazione 2008/4908.....	125

parte V - Appendice giurisprudenziale

CORTE DEI CONTI, sez. giurisdizionale Lazio, sentenza n. 486 del 30 marzo 2009.....	147
TAR Lazio, sezione II ter, sentenza n. 3431 del 31 marzo 2009.....	173
CONSIGLIO DI STATO, sezione VI, sentenza n. 3145 del 21 maggio 2009.....	177
CONSIGLIO DI STATO, sezione VI, sentenza n. 4035 del 19 giugno 2009	183
CONSIGLIO DI STATO, sezione VI, sentenza n. 5765 del 25 settembre 2009	189
CONSIGLIO DI STATO, sezione VI, sentenza n. 7547 del 3 dicembre 2009.....	194

Premessa

L'anno 2009 ha rappresentato, per tutto il settore interessato alle problematiche del demanio marittimo, quello che può essere definito come un *annus horribilis*, sia per le implicazioni economiche conseguenti alla crisi economica mondiale, quanto soprattutto per le innovazioni alla disciplina normativa che regola il settore nonché per una differente e più restrittiva interpretazione, pur nell'alveo delle direttive consolidate, del concetto di "opera di facile rimozione".

Nell'arco di pochi mesi sono stati sostanzialmente eliminati uno dopo l'altro, sotto la spinta di una giurisprudenza amministrativa e contabile sempre più incisiva ed agguerrita, gli istituti faticosamente conquistati dai concessionari, in particolare turistico balneari, interessati al consolidamento definitivo della loro posizione verso una condizione sempre meno precaria.

A questa azione degli organi giurisdizionali nazionali, si è unita la forza dell'ordinamento comunitario, il quale ha promosso una specifica procedura di infrazione contro la Repubblica italiana, accusata di garantire una posizione di privilegio ingiustificata violando i principi comunitari stabiliti nell'articolo 43 del Trattato.

La risposta della burocrazia nazionale è stata di una sostanziale adesione alle critiche dell'Unione Europea orientando l'azione di revisione di una disciplina normativa del settore da tutti ormai riconosciuta inadeguata alle necessità del mondo dell'economia turistico - balneare, verso una forte spinta alla liberalizzazione di un mercato sostanzialmente ingessato e con forti barriere all'ingresso, culminata per il momento con le disposizioni del c.d. milleproroghe, legge n. 25 del 26/02/2010.

La rivista web *patrimonio pubblico.it* non poteva rimanere certo ai margini di questo importante mutamento, ma anzi aveva il dovere di partecipare, cercando di contribuire, con proprie iniziative, all'analisi della situazione promuovendo la discussione alla ricerca di soluzioni ormai improcrastinabili ai problemi del passato ed a quelli generati dalle vicende sopra descritte.

Ecco quindi il motivo di questo scritto, che non ha la pretesa dell'esaustività, ma solo quella di illustrare, in una ampia panoramica, la genesi di alcune criticità da sempre presenti nel settore, offrendo indicazioni di possibili sviluppi procedurali per affrontare i problemi sviluppatisi nel corso degli anni e specialmente dell'anno 2009.

L'obiettivo pertanto è quello di avviare una riflessione sulle problematiche presenti, che meritano di essere affrontate in modo esplicito, senza ambiguità e non eluse da vane speranze in attesa di un ripensamento dell'ordinamento nazionale all'indirizzo di una "contendibilità" delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico - ricreativo per una definitiva soluzione dei conflitti presenti.

I contenuti degli scritti, che rispecchiano le posizioni dei singoli autori, devono quindi essere interpretati in questa ottica di rappresentare un contributo per avviare una serena riflessione sulle problematiche e per individuare, tra gli "addetti ai lavori", possibili soluzioni legislative in grado di "traghetare" il settore verso una nuova disciplina di regolazione che abbia le minori conseguenze negative possibili non soltanto per le categorie e l'intera economia turistica, ma anche per le pubbliche amministrazioni direttamente interessate dai riflessi delle dirompenti innovazioni normativo - giurisprudenziali presentatesi nel settore.

Da ultimo esprimo alla dottoressa Ilaria Tombolini, laureatasi in giurisprudenza con pregevole tesi di laurea sull'argomento, un particolare ringraziamento per la collaborazione.

Paolo Loro

direttore del network Territorio.it

Parte I

GABRIELE LAMI

Le attività turistico ricreative sul demanio marittimo: le conseguenze giuridiche e procedurali per l'utilizzo del bene pubblico in relazione al trasferimento di funzioni ed i suoi riflessi sulle attività imprenditoriali

1.1. *La fascia costiera: confine dello Stato e strumento economico*

Le zone costiere sono sempre state punti importanti per lo sviluppo sociale delle popolazioni che vi risiedevano, grazie ai traffici commerciali ed alle posizioni privilegiate per lo scambio economico.

L'azione sempre più incessante ed invasiva delle scorrerie "barbaresche" portano all'abbandono delle zone costiere incentivando gli aspetti negativi delle conseguenti modificazioni del territorio costiero con il presentarsi di condizioni malsane di vita per le popolazioni che vi si affacciano.

Tra la fine dell'ottocento ed i primi anni del secolo scorso, il miglioramento delle condizioni di salubrità delle zone costiere grazie alle azioni di bonifiche unite al progresso della medicina hanno permesso una ripresa della vita sociale ed una utilizzazione degli spazi prospicienti le coste con un conseguente importante fenomeno di incremento demografico delle città costiere.

Le aree costiere, quindi, iniziano ad assumere nuovamente una rilevanza economica e sociale che comporta la codificazione della sua disciplina giuridica secondo uno schema finalizzato alla massimizzazione delle esigenze della "navigazione" quale garanzia per l'utilizzo per attività commerciali.

Si introducono gli istituti giuridici che oggi conosciamo per garantire il corretto svolgimento delle attività commerciali con una qualificazione del Demanio Marittimo come "confine dello Stato" e "limite doganale".

Le attività turistico - balneari si sviluppano ai margini di questo "sistema" in zone marginali o comunque non più proficuamente utilizzate o utilizzabili per le attività primariamente indicate quali il traffico marittimo e le attività della navigazione, con l'applicazione di istituti giuridici introdotti e pensati per la regolazione di attività completamente diverse.

La trasformazione del Demanio marittimo, con la prevalenza dell'uso turistico e ricreativo rispetto a quella commerciale ed indu-

striale, prende avvio con il secondo dopoguerra con la strutturazione di un sistema economico che utilizza il mare e le spiagge come materia prima, innescando una economia balneare prima impensabile ed avviando un utilizzo intensivo dei territori interessati con effetti dirompenti sulla disciplina giuridica delle aree demaniali e sulle zone limitrofe.

1.2. La disciplina gestionale della fascia costiera: l'influenza dell'Urbanistica

La novità rappresentata dal nuovo modo di utilizzare le aree demaniali, hanno subito provocato la crisi della struttura giuridica con la quale lo Stato proprietario aveva disciplinato il demanio marittimo nel corso del tempo.

Nell'obiettivo di garantire le proprie prerogative per le finalità di tipo militare e di organizzazione commerciale lo Stato aveva disegnato una disciplina giuridica rigida, assolutamente inadeguata per rispondere alle sollecitazioni di una utilizzazione in chiave turistico ricreativa che richiede norme proporzionate alla domanda di un "mercato" estremamente dinamico.

Dalle prime disposizioni successive all'Unità nazionale fino allo stesso Codice della navigazione del 1942, passando per il testo del 1877, l'organizzazione preposta alla sua gestione era di tipo gerarchico, attribuita ad uffici composti da militari (referenti unicamente al Ministero) e di altre amministrazioni statali, dimostrando la fiducia solo in tale struttura per garantire, nell'uso del demanio marittimo, il corretto svolgimento delle funzioni ritenute rilevanti dallo Stato.¹

L'evoluzione dell'economia nel secondo Dopoguerra, unita ai radicali mutamenti politici conseguenti al nuovo assetto costituzionale, danno avvio a quelle azioni sempre più incisive di smantella-

¹ Art. 30 Cod. nav. ("Uso del demanio marittimo"): «L'amministrazione della marina mercantile regola l'uso del demanio marittimo e vi esercita la polizia». Cfr. T. VESPASIANI, *Il regime giuridico dell'Edilizia privata sul Demanio Marittimo – Alcune osservazioni sui rapporti tra amministrazione demaniale e poteri locali*, Appalti urbanistica edilizia, n.5, 2000

mento della struttura verticistica piramidale fino a quel momento unica depositaria della competenza nella gestione delle aree demaniali.

Questa progressiva riduzione dell'area esclusiva dell'apparato statale si è concretizzata con ripetuti arresti giurisprudenziali e/o passaggi legislativi tra i quali assume particolare rilevanza il riconoscimento della potestà pianificatoria comunale sulle aree demaniali marittime, con il superamento di una autoreferenzialità della competenza statale e del conseguente effetto per cui il possesso della concessione demaniale rilasciata dall'autorità marittima consentiva ad un concessionario di disporre non solo del bene statale ma di non avere altra esigenza di titoli abilitativi per la realizzazione di opere o strutture sulle aree demaniali marittime.²

Questo riconoscimento della soggettività dell'ente locale, quale figura giuridicamente rilevante in un settore in cui l'autoreferenzialità dello Stato era, fino a quel momento, un principio incontestabile è stata diretta conseguenza di una serie di pronunce giurisdizionali in cui i contenuti autonomistici presenti nella Costituzione, in precedenza sconosciuti, divenivano elementi di valutazione delle fattispecie oggetto di controversia, provocando la soccombenza dello Stato.³

² Si riporta l'art. 10, 3° comma, legge 06.08.1967 n.765, che sostituisce l'art. 31, legge 17.08.1942 n.1150: «Chiunque intenda nell'ambito del territorio comunale eseguire nuove costruzioni, ampliare, modificare o demolire quelle esistenti ovvero procedere all'esecuzione di opere di urbanizzazione del terreno, deve chiedere apposita licenza al sindaco. Per le opere da eseguire su terreni demaniali, compreso il demanio marittimo, ad eccezione delle opere destinate alla difesa nazionale, compete all'Amministrazione dei lavori pubblici, d'intesa con le Amministrazioni interessate e sentito il Comune, accertare che le opere stesse non siano in contrasto con le prescrizioni del piano regolatore generale o del regolamento edilizio vigente nel territorio comunale in cui esse ricadono. Per le opere da costruirsi da privati su aree demaniali deve essere richiesta sempre la licenza del sindaco».

³ Cassazione penale Sez. III 07.10.1965 n. 2593: «la concessione a privati di occupazione ed uso del demanio marittimo può dare luogo a situazioni diverse, secondo che le opere consentite dall'autorità marittima siano ritenute necessarie o utili alla funzionalità del bene demaniale, assicurando prestazioni accessorie agli utenti ovvero siano destinate a soddisfare interessi privato. Nella prima ipotesi l'attività edilizia che accede all'impianto demaniale integrandone la funzionalità, è soggetta alla disciplina esclusiva dell'autorità marittima; invece gli stabilimenti balneari o altre costruzioni dei privati nell'ambito della concessione per fini che, se pure conformi all'interesse generale, non valgono a qualificarsi strumenti della demanialità non sono sottratti alla disciplina urbanistica che compete al Comune». Di seguito Cassazione penale Sez. III 08/11/1976 – Cassazione penale Sez. III 13/03/1984 – Cassazione Sez. III 2/06/1984 n.492 *ex multis* Cons. Stato, Sez. VI - sentenza 3 dicembre 2009 n. 7547: «La disciplina del demanio marittimo non esclude

Il quadro generale del Demanio marittimo subisce un'ulteriore repentina modificazione al momento dell'effettiva introduzione delle Regioni a statuto ordinario, previste dalla Costituzione ma non ancora introdotte fino al 1970, al quale i decreti legislativi del 1972, emanati in attuazione della legge 16 maggio 1970 n. 281, attribuiscono competenze amministrative in materie i cui effetti si estendono anche alle aree demaniali marittime in concorrenza con i poteri prima esclusivi dello Stato.⁴

Lo svolgersi di questo percorso, rivolto alla piena attuazione dei principi costituzionali espressi nella Carta del 1948, dalla fine degli anni Sessanta ad oggi, ha comportato la naturale conseguenza di una forte azione erosiva del principio di esclusività dell'organizzazione e della competenza dell'autorità marittima con il consolidamento della presenza di diversi poteri pianificatori ed organizzativi sulle aree demaniali marittime tra Regioni, enti locali ed autorità statale, ciascuno con una propria giustificazione e fondamento giuridico.

Il risultato ultimo di questa successione di eventi, per la parte che qui interessa, vede le amministrazioni locali, incaricate di garantire uno sviluppo armonico tra la parte del territorio comunale oggetto di una disciplina urbanistica disposta secondo precisi strumenti di pianificazione e la parte demaniale marittima in cui comunque restano presenti le Capitanerie di porto, quali organi statali periferici, incaricate di esercitare le funzioni pubbliche di loro competenza attraverso gli atti consentiti dal Codice della navigazione.

Questo "condominio istituzionale" ha imposto come naturale conseguenza la ricerca di momenti di sintesi come strumenti per la

affatto la titolarità di poteri urbanistici comunali; infatti, ai sensi del combinato-disposto degli artt. 30 e 55 cod. nav. e 10 commi 2 e 3 l. 6 agosto 1967 n. 765 (nonché dell'art. 4 l. n. 10 del 1977 e dell'art. 31 l. n. 1150 del 1942), da un lato, si deve escludere l'incondizionata possibilità che gli strumenti urbanistici regolino i beni del demanio marittimo e, dall'altro, non è possibile sottrarre completamente alla disciplina urbanistica i terreni in esso rientranti».

⁴ Le Regioni furono oggetto di un lungo dibattito politico nell'ambito dell'Assemblea Costituente per la diversa visione delle forze politiche sulla loro qualificazione all'interno dello Stato. In questa discussione furono molto rilevanti le determinazioni assunte per quelle che poi sarebbero state definite a "statuto speciale"; i diversi decreti legislativi luogotenenziali (1946 per la Sicilia e la Valle d'Aosta, ed i contenuti dell'accordo De Gasperi Gruber del 1947 per l'Alto Adige) ebbero effetti anche nelle materie oggetto della presente trattazione: il Demanio marittimo fu attribuito direttamente in proprietà alla Regione Sicilia ad esclusione di quello di diretto interesse nazionale, come porti e centro militari, mentre nella Regione Sardegna sarà poi indicata una potestà concorrente in materia di turismo più estesa di quella riconosciuta alle Regioni ordinarie fino al 2001

corretta ed efficace gestione delle aree demaniali: per consentire cioè una valida efficacia degli strumenti urbanistici comunali in favore delle attività balneari, divenute sempre più importanti elementi dell'economia locale.⁵

Diretta conseguenza delle scelte della pianificazione urbanistica, nella prospettiva di sviluppo della fascia costiera ed in particolare di un sistema economico del turismo balneare, è rappresentata dal regime giuridico delle opere costruite sul demanio marittimo.

Alla realizzazione di opere ed immobili in genere si applica una normativa molto stringente in cui "la sorte" dei fabbricati viene subordinata ad una rigida dicotomia in funzione della loro qualificazione come costruzioni "di difficile o facile di rimozione" con la conseguenza, per le prime, di una acquisizione automatica tra le proprietà dello Stato senza alcun indennizzo al momento della scadenza della concessione, mentre per le altre la titolarità rimane propria del concessionario⁶.

La prassi in materia, vista l'assenza di qualunque categoria tecnica legislativamente stabilita, ha visto comportamenti assolutamente diversi e diversificati nelle varie realtà territoriali interessate dal fenomeno, con la conseguenza che in alcuni casi beni analoghi sono stati incamerati tra le proprietà dello Stato ed in altri mantenuti nella proprietà del concessionario⁷.

Il regime giuridico del demanio, sotto il profilo dominicale, è di piena ed esclusiva competenza dello Stato, chiamato quindi ad as-

⁵ Consiglio di Stato sez. IV 10/07/1986 n. 478 « *La destinazione a un determinato uso pubblico di una parte del lido marino prevista da un piano regolatore, anche se conforme alla natura demaniale del bene, delimita le diverse utilizzazioni possibili del detto bene demaniale; pertanto la disciplina urbanistica di parte del demanio stabilita dalla Regione nel piano regolatore deve essere preceduta da una intesa con la competente autorità statale* ». TAR Veneto Sez II 27/07/1991 n. 687 : « *E' illegittima la previsione del piano regolatore generale che modifica la destinazione di un bene demaniale senza la previa intesa con l'amministrazione statale proprietaria dell'area* ». Et altr.

⁶ Art.49, Codice della navigazione: "*salvo che sia diversamente stabilito nell'atto di concessione, quando venga a cessare la concessione, le opere non amovibili, costruite sulla zona demaniale, restano acquisite allo Stato, senza alcun compenso o rimborso, salva la facoltà dell'autorità concedente di ordinarne la demolizione con la restituzione del bene demaniale nel pristino stato*".

⁷ Sull'argomento tutto il sistema trova la sua disciplina nella circolare del 18 luglio 1962 n.53 dell'allora Ministero della marina mercantile, che estendeva agli Uffici periferici dell'autorità marittima i contenuti del parere del 26 maggio 1962 del Consiglio superiore dei lavori pubblici n.853, ripreso nella sua elencazione delle tipologie rientranti tra le diverse categorie dalla circolare del Ministero dei trasporti e della navigazione del 24 maggio 2001 n. 120.

sumere la propria responsabilità nella costruzione di un quadro normativo nuovo ed adeguato alle esigenze di maturazione del settore turistico e capace di offrire chiarezza nelle linee di sviluppo disegnate dalla programmazione in materia da parte dei soggetti istituzionali ed attuate tramite la disciplina urbanistico-edilizia comunale.

La previsione dell'incameramento dei beni in relazione alla dicotomia "facile - difficile" rimozione è oggi anacronistica in funzione del miglioramento della tecnologia costruttiva e delle tipologie di materiali presenti in commercio, in grado di consentire la realizzazione di opere in muratura su impianti amovibili e viceversa (queste ultime in molti casi più costose, in termini di investimento per la loro realizzazione, rispetto ad opere inamovibili delle quali sarebbe possibile un incameramento in favore dello Stato alla scadenza della concessione secondo un principio formale della norma di riferimento.⁸

Per cui il regime giuridico dei beni realizzati o realizzabili è uno degli elementi sul quale è necessario riflettere e la cui soluzione rientra tra i profili più rilevanti nel caso di una modifica generale della disciplina del settore turistico-ricreativo sviluppato nell'ambito del demanio marittimo.

1.3. Il consolidarsi dell'uso turistico ricreativo sul Demanio Marittimo: effetti

La gestione del Demanio marittimo, come detto, ha mantenuto una configurazione monolitica, con successive stratificazioni dovute

⁸ E' importante sottolineare come il Ministero dei Trasporti e della Navigazione, in una comunicazione del 30 settembre 1996 n. 5171673 resa su sollecitazione della Capitaneria di Porto di Salerno, evidenziò come il dettato dell'articolo 49 del Codice della navigazione era da rileggere, alla luce delle innovazioni intervenute nelle scienze delle costruzioni, secondo un criterio interpretativo di valutazione della "proficuità" da parte dello Stato all'incameramento del bene realizzato sull'area demaniale marittima al momento della scadenza del titolo per disporre o meno la sua acquisizione, con una lettura più attenta e moderna del testo normativo, considerando le condizioni di facile e difficile rimozione, fino all'epoca criteri ermeneutici di valutazione, come residuali o non più adeguati allo sviluppo tecnico e tecnologico.

te all'attuazione di norme legislative variamente intervenute ma senza sostituzioni integrali di competenze, con una sostanziale unitarietà, favorita anche dalle forte prevalenza dell'unico soggetto incaricato della sua gestione (Autorità marittima).

Come accennato, nei primi anni Settanta, viene introdotto un nuovo attore (con una propria competenza ed una autonoma soggettività decisionale) che si aggiunge alle amministrazioni comunali: le Regioni.

La Costituzione del 1948 aveva previsto, quale elemento di forte decentramento, non tanto amministrativo quanto politico, l'introduzione della Regione quale ente intermedio con una autonomia molto rilevante e qualificata dal riconoscimento della potestà legislativa in aggiunta a quella dello Stato.

Nell'ambito di cui si discute, l'introduzione della Regione ha assunto una particolare rilevanza sia per l'aspetto della competenza concorrente in materia di disciplina urbanistica e di governo del territorio ⁹ ma soprattutto per la potestà concorrente in materia di turismo, creando i presupposti per la "funzionalizzazione del Demanio Marittimo" in relazione alle finalità di utilizzo.

Il riconoscimento di questo compito, ancorché concorrente, in materia di turismo, infatti, ha portato all'individuazione di attività proprie del nuovo ente anche in materia del Demanio marittimo, dove nelle norme del testo fondamentale rappresentato dal d. P.R 24 luglio 1977 n. 616 viene introdotto, con l'articolo 59, il concetto che sarà poi definito "demanio turistico ricreativo". ¹⁰

⁹ Articolo 117 nel testo all'epoca vigente: « la Regione emana per le seguenti materie norme legislative nei limiti dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato sempre che non siano in contrasto con l'interesse nazionale e quello delle altre Regioni :Urbanistica - Turismo ed industria alberghiera »

¹⁰ Art.59. demanio marittimo, lacuale e fluviale: « sono delegate alle regioni le funzioni amministrative sul litorale marittimo, sulle aree demaniali immediatamente prospicienti, sulle aree del demanio lacuale e fluviale, quando la utilizzazione prevista abbia finalità turistiche e ricreative. sono escluse dalla delega le funzioni esercitate dagli organi dello stato in materia di navigazione marittima, di sicurezza nazionale e di polizia doganale » La delega di cui al comma precedente non si applica ai porti e alle aree di preminente interesse nazionale in relazione agli interessi della sicurezza dello stato e alle esigenze della navigazione marittima. L'identificazione delle aree predette è effettuata, entro il 31 dicembre 1978, con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con i ministri per la difesa, per la marina mercantile e per le finanze, sentite le regioni interessate. Col medesimo procedimento l'elenco delle aree predette può essere modificato.

Si tratta, in realtà, di una delega di funzioni e non di un vero e proprio trasferimento di competenza, tuttavia rappresenta la prima attribuzione concreta di una potestà gestionale attuativa in materia di competenza concorrente propria del nuovo soggetto istituzionale di recente introduzione.

La posizione nell'articolato normativo dell'articolo 59, inserito nel Titolo IV del decreto presidenziale rubricato come "Sviluppo economico", all'interno del Capo III che raccoglie le disposizioni in materia proprio di turismo ed industria alberghiera, offre la riprova dell'importanza assunta dall'uso balneare del demanio marittimo divenuta quella di principale rilievo con pari dignità a quella portuale ed al servizio della navigazione.

In questo quadro di competenze disegnato in attuazione degli articoli 117 e 118 della Costituzione, con la delega attribuita dal d.P.R. n. 616/1977 cit., alle Regioni veniva attribuito un importante potere, da esercitare nell'ambito amministrativo e con una capacità concorrente anche nella potestà legislativa.

L'aver riconosciuto, infatti, nella gestione del demanio marittimo la sua rilevante qualificazione anche per finalità turistico - ricreative, apriva la strada ad una produzione normativa di rango primario da parte delle Regioni di carattere attuativo dei principi desumibili dalle norme generali dello Stato.¹¹

La piena attuazione delle competenze amministrative regionali in questa materia era però, subordinata alla emanazione di un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri al quale si demandava il compito di individuare le aree escluse dalla delega di funzioni.¹²

¹¹ «La problematica della capacità della regione di legiferare anche senza una legge quadro direttamente emanata sulla materia è stato uno dei primi argomenti sui quali la Corte costituzionale è stata chiamata a dirimere delle controversie. In sede di prima applicazione per le regioni a statuto speciale, già istituite fin dal 1948 grazie agli statuti approvati con le Leggi costituzionali, la Corte si pronunciò in modo restrittivo evidenziando l'impossibilità di legiferare in assenza della normativa nazionale di riferimento. La legge 281\1970 ribaltò il principio sopra indicato, proveniente dalla Legge del 1953 (c.d. legge Scelba) stabilendo che se nel biennio lo Stato non avesse provveduto alla emanazione delle leggi quadro le regioni potevano legiferare desumendo principi da quelli presenti nell'ordinamento», F. GHELARDUCCI, *Lezioni di diritto pubblico regionale*, Pisa, 1991.

¹² «Non avendo il Governo provveduto entro il termine stabilito all'emanazione del decreto ivi previsto (31/12/1978), è prevalsa la tesi, affermata anche da questa Corte nell'ordinanza n.

In pratica il Legislatore delegato del 1977, nella definizione delle modalità per definire gli ambiti e i limiti del passaggio di funzioni amministrative alle Regioni, definì un procedimento in cui attraverso dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, da emanarsi previo parere delle Regioni interessate, si provvedeva alla individuazione delle aree di rispettiva competenza.

Nell'ambito del demanio costiero a destinazione turistica e ricreativa, in cui si sono trovati a concorrere ed interferire fra loro competenze statali e competenze regionali, si è disciplinato in linea di principio attraverso la previsione di una delega generale alle Regioni, limitata dalla riserva allo Stato delle funzioni in materia di navigazione marittima (sicurezza nazionale e polizia doganale a cui è stata aggiunta l'esclusione della delega con riguardo ad aree determinate, caratterizzate dalla preminenza di interessi nazionali).

Solo nel 1995 è stato emanato il decreto cui è seguito un forte contenzioso con le Regioni che hanno contestato le modalità con le quali sono stati formati gli elenchi delle aree escluse.¹³

L'elemento qualificante delle diverse sentenze della Consulta pronunciate in questa prima fase, è stato quello relativo all'accertamento della lesione del principio di leale collaborazione: «per avere

579 del 1988, secondo cui la delega restava inoperante in attesa della individuazione delle aree escluse». Cfr. Sentenza della Corte Costituzionale 18 luglio 1997 n. 242 - «che tale potere di identificazione non può ritenersi sottoposto a termini perentori (entro il 31 dicembre 1978), poichè esso è attribuito in via permanente allo Stato, che può in ogni tempo modificare l'elenco delle aree escluse dalla delega (art. 59, comma secondo, ultima parte)»; Ordinanza della Corte Costituzionale n. 579 del 19.05.1988 su un conflitto di attribuzione sollevato dalla Regione Veneto in conseguenza del rilascio di concessioni demaniali marittime nell'anno 1979 da parte del Ministero della Marina Mercantile.

¹³ «L'individuazione di tali aree è dunque un procedimento volto tipicamente alla delimitazione in concreto e alla composizione di interessi facenti capo rispettivamente ad attribuzioni statali e ad attribuzioni regionali: coerentemente pertanto il legislatore ha previsto un procedimento destinato bensì a sfociare in un atto delle autorità centrali di governo, ma nel cui ambito si colloca, a presidio degli specifici interessi regionali coinvolti, un parere obbligatorio, benchè non vincolante, delle Regioni interessate. Tale partecipazione procedimentale rappresenta la modalità concreta con cui si realizza, nel caso, il temperamento dei diversi interessi, e dunque una modalità di concorso e di confronto che deve rispondere al canone costituzionale della leale cooperazione. La partecipazione regionale al procedimento, di cui la legge stabilisce le modalità, è perciò costituzionalmente indefettibile, deve essere resa effettivamente e non solo formalmente possibile, e il provvedimento governativo deve tener conto dei risultati di tale partecipazione» - Cfr. Corte Costituzionale Sentenza n. 242 del 18.07.1997

il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa» in cui, all'articolo 1 si poneva l'obiettivo di «conferire alle regioni e agli enti locali, ai sensi degli articoli 5, 118 e 128 della Costituzione, funzioni e compiti amministrativi nel rispetto dei principi e dei criteri direttivi contenuti nella presente legge»¹⁷.

Tale testo normativo fu definito con l'obiettivo di effettuare un trasferimento di funzioni alle Regioni ed agli enti locali senza i condizionamenti e le limitazioni avvenute nel 1972 e nel 1977, provvedendo al contempo alla soppressione delle strutture ministeriali e periferiche dello Stato che si occupavano di tali materie, il tutto a "Costituzione vigente".

È necessario ricordare, infatti, che all'epoca era vigente il testo originario degli articoli 117 e 118 della Costituzione del 1948, in cui le potestà delle Regioni ordinarie erano comunque subordinate ad una serie di principi generali desumibili dalle norme statuali in materia.

Con i decreti attuativi il policentrismo dell'amministrazione delle aree demaniali si amplia in modo esponenziale, con nuove problematiche e maggiori conflitti tra le amministrazioni dello Stato interessate ai diversi procedimenti e il comparto Regioni - Enti locali, soggetti destinatari delle nuove funzioni amministrative e gestionali, con una vera e propria "esplosione" della conflittualità conseguente sia alla non chiara trasposizione legislativa sia anche alla resistenza alla riduzione delle competenze statali.

La coeva attività della Corte costituzionale, chiamata a dirimere i conflitti tra lo Stato e le Regioni sulle disposizioni attuative della legislazione del 1977 emanate con forte ritardo, si è rivelata fino ad ora fondamentale per tracciare i primi elementi sui quali saranno definite la risoluzione delle controversie che fatalmente sono insorte anche con questo trasferimento di funzioni ai sensi della Legge

¹⁷ Art.1 - 2° comma Legge 15.03.1997 n. 59 «Sono conferite alle regioni e agli enti locali, nell'osservanza del principio di sussidiarietà di cui all'articolo 4, comma 3, lettera a), della presente legge, anche ai sensi dell'articolo 3 della legge 8 giugno 1990, n. 142, tutte le funzioni e i compiti amministrativi relativi alla cura degli interessi e alla promozione dello sviluppo delle rispettive comunità, nonché tutte le funzioni e i compiti amministrativi localizzabili nei rispettivi territori in atto esercitati da qualunque organo o amministrazione dello Stato, centrali o periferici, ovvero tramite enti o altri soggetti pubblici».

parte II

CARLO ALBERTO NEBBIA COLOMBA

*La classificazione delle opere
realizzate sul demanio marittimo*

2.1. *Inquadramento normativo delle fattispecie*

L'intero articolato codicistico attinente all'istituto della concessione di beni del demanio marittimo risulta in buona misura fondato sulla bipartizione dei manufatti da realizzare nell'area concessa e da questa sostanziale distinzione (opere di "difficile rimozione" e opere di "facile rimozione") derivano le differenti procedure da attuare per la corretta amministrazione della materia⁶⁶.

Come è noto, le condizioni aprioristicamente necessarie per la scelta della tipologia dell'atto amministrativo necessario a regolamentare il rapporto concessorio si desumono dal combinato disposto degli articoli 36 del codice della navigazione e 8 e 9 del relativo regolamento di esecuzione.

Tralasciando le opzioni legate alla sola durata temporale della concessione, di scarso rilievo per quanto in attuale trattazione, si pongono in evidenza le differenze afferenti alla natura delle costruzioni: laddove sia prevista la realizzazione di opere inamovibili deve sempre farsi ricorso alla redazione di un "atto pubblico"⁶⁷ o, come usualmente definito, "atto formale".

La circostanza dell'inamovibilità mette in luce due aspetti: il primo, di ordine schiettamente formale (scelta della tipologia del titolo amministrativo necessario a regolamentare la concessione), incide soprattutto sull'attività dell'amministrazione concedente; il secondo, di ordine sostanziale, investe invece in modo significativo la sfera del concessionario.

Infatti il principio generale dell'accessione di cui all'articolo 934 del codice civile, viene – dall'articolo 49 del codice della navigazione⁶⁸ – *in primis*, circoscritto – nel suo automatismo⁶⁹ – alla sola ipo-

⁶⁶ Si veda C. ALBERTO NEBBIA-COLOMBA, *La concessione demaniale marittima: guida alla stesura dell'atto formale*, ETS, Pisa, 2005, pag. 15 e segg.

⁶⁷ Cfr. articolo 9 reg. cod. nav.: «Le concessioni (...) che importino impianti di difficile rimozione devono essere fatte per atto pubblico (...)».

⁶⁸ Articolo 49 cod. nav.: «Salvo che sia diversamente stabilito nell'atto di concessione, quando venga a cessare la concessione, le opere non amovibili, costruite sulla zona demaniale, restano acquisite allo Stato, senza alcun compenso o rimborso, salva la facoltà dell'autorità concedente di ordinarne la demolizione con la restituzione del bene demaniale nel pristino stato».

tesi delle "opere non amovibili" e, secondariamente, ampliato (con specifica deroga alle previsioni dell'articolo 936 cod. civ.) con esclusione del diritto all'indennizzo al momento dell'acquisizione dei manufatti tra i beni statali.

Le facoltà attribuite all'amministrazione concedente e allo Stato le potestà statali nella questione vengono poi ribadite dall'articolo 31 del regolamento⁷⁰.

Effettuate queste necessarie premesse, si deve tuttavia osservare che non esiste una norma di legge o comunque regolamentare che definisca le caratteristiche tecniche delle opere appartenenti all'una o all'altra categoria. Tale lacuna a livello normativo, in un ambito di tale rilievo, è stata colmata soltanto mediante l'emanazione di successive circolari ministeriali.

La prima di tali direttive è la nota circolare del Ministero della marina mercantile n. 53, serie II, del 18 luglio 1962, secondo la quale – sulla base di un parere reso dal Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici⁷¹ – gli impianti realizzati nell'ambito delle concessioni demaniali marittime possono essere distinti in tre categorie principali:

- *permanenti* («edifici costruiti col sistema tradizionale, a struttura unita a fondazione profonda o isolata o diffusa, saldamente collegata con il terreno»);
- *inamovibili* («strutture stabili in muratura, in cemento armato, in sistema misto, con elementi di prefabbricazione di notevole peso la cui rimozione comporti necessariamente la distruzione sostanziale del manufatto»);

³ Secondo quanto contenuto nella Circolare del Ministero della marina mercantile n. 53 del 18 luglio 1962 «(...) le norme stesse stabiliscono la facoltà da parte di questa Amministrazione di incamerare alla scadenza degli atti di concessione le opere, *incameramento che è normalmente prescritto per le opere di difficile sgombero* – regolate con atti pluriennali – e che è invece *facoltativo per le opere di facile rimozione*, regolate con licenze».

⁴ Art. 31 reg. cod. nav.: ("Demolizione delle opere") – «[I]. Salvo che non sia diversamente stabilito nelle condizioni speciali che regolano la concessione, nei casi di revoca, di decadenza o di scadenza, il concessionario, se l'amministrazione non intenda avvalersi della facoltà di acquisire le opere, ha l'obbligo di provvedere, a sua cura e spese, alla demolizione delle opere stesse e alla rimessa in pristino e riconsegna dei beni concessigli, nei termini che gli saranno notificati.

[II]. Ove il concessionario non adempia a tale obbligo si fa luogo all'applicazione del disposto dell'ultimo comma dell'articolo 49 del codice».

⁵ Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici, Sezione III, adunanza del 16 maggio 1962, n. 835.

— *amovibili o di facile sgombero o a carattere transitorio o semipermanenti* («opere le cui strutture possono essere effettuate con montaggio di parti elementari come quelle ad esempio costruite con strutture prefabbricate a scheletro leggero di cemento armato, normale o precompresso, di acciaio, di legno o altro materiale leggero, con o senza muri di tompagno, costruite con copertura smontabile, fondazioni isolate o diffuse, che possono essere ricostruite altrove, con semplice rimontaggio e senza che la rimozione stessa comporti la distruzione parziale o totale del manufatto»).

Tale tripartizione è stata successivamente ribadita dall'allora competente Dicastero della marina mercantile con circolare n. 271 del 27 maggio 1991, previa conferma del Consiglio superiore dei lavori pubblici: infatti, tale consesso, in data 24 ottobre 1990, pur riconoscendo l'incontrovertibile evoluzione della tecnica costruttiva verificatasi nel corso degli anni, ha ritenuto di non ravvisare «motivi concreti per rivedere o aggiungere ulteriori specificazioni a quanto a suo tempo fu detto. Ulteriori aggiunte infatti potrebbero risultare non solo affatto chiarificatrici, ma addirittura rappresentare un appesantimento al giudizio logico, proprio del tecnico, che deve valutare, sulla base delle proprie conoscenze ed in modo non equivoco, alla luce della chiara e netta distinzione di legge».

L'Amministrazione centrale dello Stato era comunque già intervenuta sulla questione con la circolare n. 97 del 12 novembre 1966, con la quale si era affermata la possibilità di disciplinare con licenza anche le concessioni relative alla costruzione di manufatti non rientranti a pieno titolo nella tipologia della facile amovibilità, purché si trattasse di «impianti che non rivestano una loro ben definita individualità, dal lato giuridico, economico e comunque commerciale, individualità che sola, potrebbe giustificare come agevole e proficua la acquisizione delle stesse allo Stato, al termine della concessione»⁷².

⁷² Inoltre, la circolare 97 introduce un'indicazione esemplificativa (e non vincolante) delle opere da ritenere amovibili, citando tra queste: «cabine balneari in mattoni; solette in cemento per l'appoggio di elementi in legno od in prefabbricato o in muratura di facile rimozione, costruzioni in muratura a piano sabbia, che, appunto, per tale particolare costruttivo, possono anche esse an-

In altri termini era stato stabilito il principio di una sostanziale assimilazione delle opere di "difficile rimozione", la cui acquisizione non fosse stata ritenuta economicamente vantaggiosa per lo Stato, a quelle di "facile rimozione".

Con la circolare n. 120, serie I, del 24 maggio 2001⁷³, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ha ulteriormente e dettagliatamente precisato le tipologie delle opere in relazione alla forma dell'atto con cui disciplinare le differenti concessioni:

TIPOLOGIA	DEFINIZIONE	FORMA CONCESSIONE
A	Costruzioni in muratura ordinaria con solaio in cemento armato semplice o misto.	ATTO FORMALE
B	Costruzioni in muratura ordinaria con solaio in pannelli prefabbricati su piattaforma in cemento armato.	ATTO FORMALE
C	Strutture prefabbricate realizzate su piattaforma di cemento armato incernierate o appoggiate con calcestruzzo in basamento.	LICENZA
D	Strutture prefabbricate appoggiate sul suolo o interrate.	LICENZA
E	Opere, impianti e manufatti diversi da fabbricati ed assimilabili alle tipologie A e B.	ATTO FORMALE
F	Opere, impianti e manufatti diversi da fabbricati ed assimilabili alle tipologie C e D.	LICENZA
G	Opere, impianti e manufatti totalmente interrati/immersi	LICENZA

In definitiva, secondo la citata direttiva statale, «gli impianti, i manufatti e le opere realizzati o da realizzare sul demanio marittimo e nel mare territoriale si considerano di "difficile rimozione" quando rientrano nelle tipologie contraddistinte dalle lettere A, B, ed E

noverarsi nel concetto della "facile rimovibilità"; scalette ed opere varie per una migliore utilizzazione delle proprietà retrostanti».

⁷³ Può essere definita come la circolare "base" con la quale il Ministero ha fornito agli enti locali le linee guida, predisposte sulla base delle esperienze acquisite, per procedere ad amministrare il pubblico demanio marittimo con criteri di coerenza e praticità. Per l'intervenuto trasferimento delle funzioni amministrative, le direttive in essa contenute, nei confronti dei comuni, devono essere ritenute vincolanti solo con riferimento agli aspetti dominicali ed erariali non oggetto di delega.

(...), mentre si considerano di "facile rimozione" quelle contraddistinte dalla lettera C, D, F e G».

Tali indirizzi devono essere considerati tuttora vigenti e quindi vincolanti per i Comuni, in quanto, come più volte chiarito da dottrina e giurisprudenza, il conferimento agli enti locali delle attività amministrative sul demanio marittimo attiene alle sole funzioni gestionali, con esplicita esclusione di quelle erariali e dominicali, alle quali la materia in esame deve essere ricondotta.

L'uso della ripartizione delle costruzioni realizzata dalla tabella sopra riportata è poi divenuto indispensabile per la compilazione del modello standardizzato di domanda, denominato D1⁷⁴, che impone al concessionario di scegliere esclusivamente una delle lettere previste per identificare la tipologia dei manufatti.

Con circolare n. 22 del 25 maggio 2009, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, nell'effettuare una sorta di ricognizione delle indicazioni impartite nel corso del tempo, ha ribadito la validità dei contenuti delle circolari n. 120/2001 e n. 53/1962, andando tuttavia a rinnovare la precisazione che i manufatti «di facile sgombero o rimozione» sono «quelli le cui strutture possono essere effettuate con montaggio di parti elementari come quelle costruite con strutture prefabbricate a scheletro leggero di cemento armato, normale o precompresso, di acciaio, di legno o altro materiale leggero, con o senza muri di tompagno, costruiti con copertura smontabile, fondazioni isolate o diffuse che possono essere ricostruiti altrove con semplice rimontaggio e senza che la rimozione comporti la loro distruzione totale o parziale. Le piattaforme o solette – al pari delle palificazioni in legno – costituenti la base su cui poggiano gli impianti, le opere e i manufatti non costituiscono una componente del manufatto stesso e quindi a nulla rileva che esse vengano o meno danneggiate o distrutte in fase di smontaggio degli impianti, delle opere e dei manufatti».

⁷⁴ Ai sensi dell'articolo 4, comma 2, del D.M. n. 765/1994, l'utilizzo di tale modulistica è divenuto obbligatorio a seguito della sua approvazione mediante decreto dirigenziale (e successiva pubblicazione sulla G.U.). La prima versione del Modello D1 è stata approvata con D.D. 31 dicembre 2001 e quella attualmente in vigore con D.D. 5 giugno 2009 (G.U. n. 180 del 5 agosto 2009).

Si deve comunque rammentare che le Capitanerie di porto, utilizzando la previsione dell'articolo 12 del regolamento di esecuzione del codice della navigazione, in occasione sia di richiesta di nuove concessioni, sia di richiesta di modificazione di quelle esistenti, seguivano molto spesso la prassi di richiedere il qualificato parere tecnico dell'Ufficio del genio civile per le opere marittime in ordine all'ascrivibilità delle opere proposte dal concessionario o aspirante tale.

Una declaratoria in un senso o nell'altro del menzionato ente tecnico, quindi, consentiva all'amministrazione marittima di "scegliere" la forma del provvedimento autorizzativo nonché di optare per la successiva acquisizione delle opere tra le pertinenze demaniali marittime e ciò, beninteso, su conforme avviso dell'amministrazione finanziaria (ai sensi dell'articolo 13 del reg. cod. nav.).

Sulla questione in trattazione si innesta tuttavia l'ulteriore problematica rappresentata dalla c.d. riforma "Bassanini" con la quale, a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 59/1997 e del decreto legislativo n. 112/1998, è stato attuato il conferimento dallo Stato agli enti locali di una serie di competenze amministrative e, in particolare in favore delle regioni, di tutte quelle afferenti la gestione del demanio marittimo (tranne alcune fattispecie particolarmente circoscritte dalla norma stessa).

In seguito le regioni, mediante adozione di norme *ad hoc*, hanno provveduto a trasferire tali attribuzioni ai comuni e, laddove – per inerzia regionale – tale ulteriore decentramento non si fosse ulteriormente concretizzato, è intervenuto direttamente il Governo che, con decreto legislativo n. 96/1999, ha stabilito che sono «esercitate dai comuni le funzioni amministrative previste dall'articolo 105, comma 2, lettere f) ed l), del decreto legislativo n. 112 del 1998».

L'avvenuto spostamento di funzioni verso la periferia ha avuto come conseguenza l'impossibilità per gli enti locali di continuare ad avvalersi della facoltà di richiedere il parere previsto dall'articolo 12 del reg. cod. nav.⁷⁵, venendo ad essere privati dell'ausilio tecnico, si

⁷⁵ Cfr. nota della Direzione generale delle opere marittime del Ministero dei Lavori pubblici n. 4045 del 10 giugno 1998: «alla luce della delega alle regioni delle funzioni amministrative sul

ripete fino a quel momento ritenuto indispensabile dall'amministrazione gestrice, per classificare le costruzioni erette sul demanio marittimo.

2.2. *L'individuazione dei parametri tecnico-amministrativi per la classificazione delle opere*

Dato atto che il concetto di "inamovibilità" sotto un profilo squisitamente demaniale marittimo è completamente differente da quello che può essere reso sotto l'aspetto edificatorio (e ciò a seguito della sussistenza di disposizioni specifiche per entrambi i settori), è evidente che per definire correttamente la tipologia dei manufatti realizzati o realizzandi sul demanio marittimo si possano utilizzare esclusivamente i concetti dettati in materia dall'amministrazione competente, seppur con mere circolari, escludendo qualsiasi ulteriore riferimento analogico ad altre fonti.

Secondo autorevole dottrina, infatti, possono evidenziarsi casi particolari in cui gli atti dell'esecutivo, sebbene previsti e disciplinati dalla legge, giungono a produrre effetti oltre il proprio ambito legale.

In generale la circolare viene definita l'atto con cui un organo della Pubblica Amministrazione informa gli uffici subordinati, od anche terzi estranei, dell'avvenuta emanazione di un atto e ne fornisce l'interpretazione.

Tuttavia, quando essa – come nei casi di specie – è solo apparentemente interpretativa, ma in realtà produttiva di norme, deve ritenersi che possa assumere nella gerarchia delle fonti il livello degli atti che l'organo da cui proviene può legittimamente emanare (ovvero un regolamento).

In conclusione, quindi, sebbene le circolari ministeriali si collochino come fonti *extra ordinem*, ponendo in discussione molti dei

litorale marittimo allorché l'utilizzazione prevista abbia finalità turistico-ricreative, non appare più legittimo il ricorso al parere degli uffici del Genio civile OO.MM., né appare giustificabile nell'ottica di un processo di decentramento che impone che tali competenze devono essere esercitate comunque dai corrispondenti organi regionali».

dogmi tradizionalmente sostenuti dalla teoria del diritto formalistica, non può disconoscersi che, in base al principio dell'effettività, debba esser loro riconosciuta la fondamentale funzione di concorrere ad attribuire carattere di completezza all'ordinamento giuridico laddove l'intervento del legislatore non vi sia stato o sia stato carente.

Ebbene, nella questione di cui si tratta, sembrano sussistere tutte le condizioni ed i requisiti per considerare le disposizioni ministeriali quali unico riferimento lecito per definire l'appartenenza delle costruzioni erette sul pubblico demanio marittimo all'una o all'altra fattispecie enunciate dal codice della navigazione e dalle successive leggi speciali.

Ciò premesso, occorre ora esaminare in modo analitico le espressioni utilizzate dal Ministero per individuare le singole tipologie di opere.

In via principale, si osserva che la circolare n. 120/2001 non apporta alcuna innovazione dal punto di vista tecnico alle precedenti direttive, ma si limita a definire per classi omogenee, con un intento di semplificazione necessario a consentire la compilazione del Modello D1, la forma dei provvedimenti da utilizzare per la disciplina delle concessioni demaniali marittime di cui agli articoli 36 del cod. nav. e 8 e 9 reg. cod. nav.

Pertanto i presupposti tecnici di valutazione risultano comunque stabilmente incardinati ai dettami del Consiglio superiore dei lavori pubblici trasfusi nella circolare n. 53/1962.

Dalla lettura, anche sommaria, delle definizioni esplicitate dal massimo organo tecnico centrale, risulta agevole desumere come la condizione necessaria e sufficiente perché un'opera possa essere correttamente ascritta alla classe "facile rimozione" sia quella che la sua struttura sia facilmente rimovibile.

Secondo un'accettata e condivisa caratterizzazione, nella scienza delle costruzioni un'opera edilizia risulta costituita da tre elementi fondamentali: *struttura, tamponatura, impianti e finiture*.

La struttura (ovvero, più specificamente, la struttura resistente o portante) di un manufatto di qualsiasi tipo è quella parte espres-

samente destinata ad assorbire i carichi e le azioni esterne cui il manufatto è soggetto durante tutta la sua vita di esercizio.

La tamponatura o muro di tompagno o tamponamento è la parete di chiusura perimetrale di un fabbricato costruito con una struttura intelaiata tridimensionale (nella categoria dei muri, si differenzia dal tramezzo, anch'esso non portante ma che serve a separare due spazi interni, e dal muro portante, che oltre a svolgere le stesse funzioni del tompagno – separazione e protezione igrotermica e acustica dello spazio interno – ha anche funzioni statiche).

Gli impianti e le finiture sono tutto ciò che è necessario per il completamento e la piena funzionalità del manufatto (infissi, serramenti, tubazioni, tramezzature, piastrellature, pavimentazione, servizi, ecc.).

Orbene, già ad una prima osservazione, si nota agevolmente che nessuna circolare dell'amministrazione marittima tratta in alcun modo dell'ultimo elemento, di conseguenza è pienamente lecito affermare che esso non ha alcun rilievo per l'individuazione di quanto di interesse per il presente lavoro (e ciò a prescindere che in fase di smontaggio gli impianti e le finiture vengano distrutti o gravemente danneggiati).

Viceversa, sebbene i "muri di tompagno" siano espressamente menzionati, la loro presenza o meno viene ritenuta dalle direttive ministeriali completamente ininfluyente qualora le opere risultino «costruite con strutture prefabbricate a scheletro leggero di cemento armato, normale o precompresso, di acciaio, di legno o altro materiale leggero».

In definitiva, dalla lettera delle circolari esaminate, emerge che l'unico elemento di rilievo è rappresentato dalla "struttura" della costruzione: se questa può essere smontata e riasssemblata altrove senza modifiche sostanziali, a prescindere dalle modalità realizzative di tamponamenti, tramezzature o altre finiture, ne consegue che l'opera nel suo complesso deve essere considerata "facilmente amovibile".

Ovviamente, nel caso in cui i muri perimetrali o interni abbiano anche funzioni statiche, a nulla rileverà che lo scheletro intelaiato

sia smontabile, in quanto concorrendo anche i muri alla costituzione della "struttura", essa non godrà più del requisito della facile rimozione.

In forza di tali puntualizzazioni, si deve quindi concludere che le direttive ministeriali si premurano di evidenziare che, per stabilire l'appartenenza di un'opera alla categoria di "difficile sgombero" – si ripete sotto il solo profilo demaniale marittimo –, le verifiche tecniche devono essere volte ad accertare se per procedere alla sua rimozione sia di fatto necessaria la distruzione della sua struttura portante.

Al contrario, qualora ciò non avvenga, il manufatto non potrà che essere giudicato "facilmente amovibile", a prescindere da qualsiasi tipo di danneggiamento possano subire tutte quelle parti non costituenti la struttura come definita.

2.3. *La situazione particolare della Versilia*

Quanto fino a questo momento rappresentato, ha una propria valenza generale a livello nazionale, tuttavia si ha notizia che il tratto costiero compreso tra Torre del Lago e Marina di Carrara è stato altresì interessato da ulteriori interventi di carattere tecnico-amministrativo tali da evidenziarne una sorta di peculiarità rispetto al restante litorale⁷⁶.

Infatti, nell'anno 1975, su iniziativa del comandante della Capitaneria di porto di Viareggio e a seguito di formale invito della direzione generale del demanio marittimo e dei porti del Ministero della marina mercantile, fu convocata un'apposita commissione della quale facevano parte, oltre a delegati del dicastero citato, alti funzionari dei Ministeri dei lavori pubblici e delle finanze, cioè, in concreto, rappresentanti al massimo livello di tutte le amministrazioni che ai sensi della disciplina codicistica erano depositari della summa

⁷⁶ In ogni caso non si esclude che ulteriori zone costiere possano essere state sottoposte ad identica o simile procedura di verifica, talché l'esempio rappresentato nel presente paragrafo può costituire un utile riferimento o comunque uno spunto di riflessione anche per altre aree demaniali marittime.

parte III

STEFANO VILLAMENA

*Concessioni demaniali marittime e concorrenza.
(Profili ricostruttivi e modalità operative)*

3.1. ASPETTI RICOSTRUTTIVI

3.1.1. Premessa

Negli ultimi anni si segnala il crescente interesse di dottrina¹⁰² e giurisprudenza (amministrativa e contabile)¹⁰³ in merito alla neces-

¹⁰² In argomento, oltre ai numerosi scritti dedicati al tema nella Rivista *web* www.patrimoniopubblico.it, vedi: B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008, pag. 27 e ss. (riguardo il significato delle concessioni nelle discipline del demanio marittimo e del demanio idrico alla fine dell'Ottocento), pag. 108 e ss. (relativamente agli sviluppi legati alla regionalizzazione degli usi turistico-ricreativi del demanio marittimo) e, infine, pag. 351 e ss. (relativamente al tema del potere di scelta degli usi e dei suoi criteri sostanziali nella giurisprudenza sulle concessioni del demanio marittimo); N. CENTOFANTI, *I beni pubblici. Tutela amministrativa e giurisdizionale*, Milano, 2007; F. DI LASCIO, *Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, in *Foro Amm. TAR.*, 2009, pag. 830 e ss.; G. MANGIARDI, *Obbligatoria la gara per il rinnovo di concessione demaniale*, in *Urb. app.*, 2009, pag. 1209 e ss.; V. GIOIA, *Le regole da osservare per il rilascio della concessione demaniale*, in *Urb. app.*, 2009, pag. 1002 e ss.; C. ANGELONE, *Demanio marittimo ad uso turistico-ricreativo: concorso di più domande di concessione e diritto di insistenza*, in *Dir. tur.*, 2008, pag. 283 e ss.; G. BALOCCO, *Concessione di beni pubblici tra affidamento diretto e obbligo di gara*, in *Urb. app.*, 2006, pag. 851 e ss.; M. OLIVI, *Il demanio marittimo tra Stato e autonomie territoriali: titolarità del bene e titolarità delle funzioni*, in *Foro Amm. CDS*, 2006, pag. 2423 e ss.; Id., *Profili evolutivi dei beni demaniali marittimi*, in *Dir. mar.*, 2004; M.L. CORBINO, *Il demanio marittimo. Nuovi profili sostanziali*, Milano, 1990.

A livello più generale, in tema di beni pubblici, vedi utilmente: AA. VV., *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, (a cura di) A. POLICE, Milano, 2008 (specie, per quanto interessa il tema del presente contributo, i saggi di: S. CASSESE, *Titolarità e gestione dei beni pubblici: una introduzione*, pag. 3 e ss.; M. DUGATO, *Il regime dei beni pubblici: dall'appartenenza al fine*, pag. 17 e ss.; G. DELLA CANA-NEA, *Dalla proprietà agli usi: un'analisi comparata*, pag. 63 e ss.; M. RENNA, *La tutela dei beni pubblici*, pag. 81 e ss.; F. MANGANARO, *Il porto da "bene demaniale" ad "azienda"*, pag. 247 e ss.; S. LICCIARDELLO, *Demanio marittimo ed autonomie territoriali*, pag. 265 e ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Beni pubblici tra uso pubblico e interesse finanziario*, pag. 459 e ss.; F. FRACCHIA, *Concessioni, contratti e beni pubblici*, pag. 493 e ss.; M. R. SPASIANO, *L'uso dei beni in concessione per finalità non rispondenti bisogni di interesse generale*, pag. 507 e ss.); A. POLICE, *I beni di proprietà pubblica*, in F. G. SCOCA, (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Torino, 2008, pag. 639 e ss.; O.M. CASOLARO, *Amministrazione ed uso del demanio: alla ricerca dell'interesse pubblico*, in *Foro Amm. CDS*, 2007, pag. 1036 e ss.; M. RENNA, «Beni Pubblici», in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2006, pag. 714 e ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Beni pubblici e di interesse pubblico*, in AA. VV., (a cura di), *Diritto Amministrativo, II*, Bologna, 2005, pag. 179 e ss.; (nonché Id., *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici*, Napoli, 1979); M. ARSÌ, *I beni pubblici*, in S. CASSESE, (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003; AA. VV., *Annuario 2003, Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, Titolarità pubblica e regolazione dei beni. La dirigenza nel pubblico*, Milano, 2004 (specie la prima parte dell'opera dedicata ai beni pubblici e, per quanto di interesse al presente contributo, i lavori di V. CERULLI IRELLI, *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni*, pag. 3 e ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Proprietà dovere dei beni in titolarità pubblica*, pag. 61 e ss.; F. DE LEONARDIS, *Beni ambientali e azione amministrativa*, pag. 105 e ss.); L.R. PERFETTI, *Diritto di insistenza e rinnovo della concessione di pubblici servizi*, in *Foro Amm.*

sità di utilizzare meccanismi concorrenziali per il "rilascio", "rinnovo" e "subentro" di concessioni demaniali marittime¹⁰⁴.

Al centro di tale dibattito sono posti l'articolo 37, comma 2, del Codice della navigazione (diritto di insistenza) e l'art. 1, comma 2, del decreto legge n. 400 del 1993 (rinnovo automatico), entrambi suscettibili di determinare restrizioni relativamente all'accesso nel "mercato" delle concessioni in parola.

Nel primo caso si prevede il c.d. diritto di insistenza del concessionario, allorché si stabilisce che è «data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze».

Nel secondo caso (art. 1, comma 2, d. l. n. 400/1993) si indica in sei anni la durata delle concessioni per finalità turistico-ricreative

CDS, 2003 pag. 621 e ss.; A. LOLLI, *I beni pubblici per destinazione: formazione ed estinzione della fattispecie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, pag. 633 e ss.; V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983; M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981; S. CASSESE, *I beni pubblici: circolazione e tutela*, Milano, 1969; F. BENVENUTI, *Il demanio marittimo tra passato e futuro*, in *Riv. dir. nav.*, 1965; F.A. QUERCI, *Demanio marittimo*, in *Enc. dir.*, 1964, pag. 92 e ss.; M. S. GIANNINI, *I beni pubblici: dispense delle lezioni del corso di diritto amministrativo tenute nell'anno accademico 1962-1963*, Roma, 1963; e infine A.M. SANDULLI, *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, 1959, Milano, p. 277 e ss.

¹⁰³ Vedi dopo nel corso della trattazione.

¹⁰⁴ Vale a dire della concessione di un «bene pubblico» appartenente al *genus* dei beni demaniali «necessari»; in tema, per una trattazione che dà conto anche degli studi tradizionali e recenti, vedi A. POLICE, *I beni di proprietà pubblica*, *op. cit.*, pag. 641. Sulla scorta di criteri valevoli per tutte le categorie di beni demaniali, l'utilizzazione del bene demaniale marittimo è stato considerato sotto il profilo dell'uso normale e dell'uso eccezionale. L'uso normale è quello conforme alla naturale destinazione della cosa e corrispondente al fine che ne giustifica l'assegnazione al pubblico demanio. L'uso eccezionale è quando il bene viene sottratto all'uso normale per essere attribuito in godimento esclusivo ad un soggetto determinato, affinché vi eserciti un'attività che non corrisponde alla normale destinazione del bene. Lo strumento mediante il quale si realizza l'uso eccezionale è la concessione. A seguito dei mutamenti che hanno investito gli usi del demanio marittimo tale impostazione non appare più conforme alla realtà. Si pensi ad alcuni beni marittimi come il lido e la spiaggia la cui utilizzazione in passato era considerata secondaria e subordinata agli usi primari (difesa, navigazione ecc...). Col tempo tale esigenza si è molto attenuata, in quanto l'evoluzione dei sistemi di difesa militare e di trasporto per mare hanno concretato il realizzarsi di quelle attività in punti ben determinati della costa, forniti di idonee attrezzature. Ne consegue che i beni demaniali marittimi hanno mutato la loro funzione sono diventati beni destinati innanzitutto al benessere della popolazione, oggi infatti i lidi e le spiagge sono usualmente riservati a scopi diversi dal passato quali lo svago e le attività sportive. In tale contesto il dibattito dottrinale sui beni del demanio marittimo mette in luce quello che è stata definito un mutamento di identità della concezione tradizionale di tali beni. Il mutamento della funzione ha consentito il passaggio da una fase «statica» a una fase «dinamica» dell'utilizzo di tali beni, così, l'uso eccezionale è diventato la normale destinazione di un gran numero di beni demaniali marittimi e anche l'utilizzo della concessione da evento eccezionale è diventato un evento normale sia per l'utilizzazione dei beni in questione sia per le attività economiche esercitate dai concessionari a mezzo dei beni stessi.

disponendo, al contempo, che le stesse «alla scadenza si rinnovano automaticamente per altri sei anni e così successivamente ad ogni scadenza¹⁰⁵».

L'impianto normativo è indubbiamente molto controverso in termini di compatibilità con il valore "concorrenza". Infatti, seppure con diversa intensità, in entrambe le ipotesi emerge il *favor* nei riguardi del "vecchio" concessionario¹⁰⁶.

Il Legislatore nazionale (e regionale) fa però fatica ad escogitare rimedi per risolvere la problematica indicata. E ciò, nonostante l'incontestabile valore economico insito nello sfruttamento imprenditoriale dei beni demaniali, da cui deriva la creazione di un vero e proprio «mercato» delle attività legate alle relative concessioni¹⁰⁷: se esiste un mercato - e quindi esiste un potenziale guadagno dallo sfruttamento di tali beni pubblici¹⁰⁸ - è naturale porre l'attenzione sulla necessità di applicare meccanismi competitivi nella fase di scelta dei soggetti concessionari¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Fatto salvo il diritto di revoca, totale o parziale, rimesso alla discrezionalità dell'amministrazione concedente ai sensi dell'art. 42 cod. nav.

¹⁰⁶ Non è necessario riprendere in questa sede il tema relativo alla natura del diritto di insistenza. È dato oramai acquisito quello secondo cui la giurisprudenza tradizionale ha ricostruito tale diritto sotto tre diversi punti di vista: il primo che qualifica il diritto di insistenza come limite alla discrezionalità dell'amministrazione; il secondo che lo qualifica come conseguenza della protezione dell'affidamento del privato; una terza prospettazione dell'istituto in questione sostiene che il diritto di insistenza sussisterebbe solo se ed in quanto previsto dalla legge ovvero dal contratto (sul tema rinvio alla ricostruzione di S. PRETE, *Effetti dell'applicazione del principio comunitario di evidenza pubblica alla procedura di rilascio delle concessioni demaniali marittime*, in *Dir., mar.*, 2007, pag. 1066 e ss.

¹⁰⁷ Sul tema, da ultimo, rinvio al pregevole contributo di F. DI LASCIO, *Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, *op. cit.*, pag. 787 e ss.

¹⁰⁸ Come rilevato dal Consiglio di Stato (cfr. sentenza del 5 novembre 2004, n. 1968, nonché, da ultimo, sentenza del 31 maggio 2007, n. 2825) «con la concessione di area demaniale marittima si fornisce un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai ricordati principi di trasparenza e non discriminazione».

¹⁰⁹ In tal senso vedi Corte dei conti (deliberazione n. 5/2005/ P del 13 maggio 2005, in www.Cortedeiconti.it, commentata da E. SANTORO, *Concessioni dei beni pubblici e procedure di evidenza pubblica con riferimento ai porti turistici*), secondo cui «ogni atto dallo Stato, contrattuale o unilaterale, che stabilisca le condizioni alle quali è soggetta una prestazione di attività economiche, va valutato alla luce delle disposizioni del Trattato ed, in particolare, di quelle di cui agli artt. da 28 a 30 (*ex artt. da 30 a 36*) e da 43 a 55 (*ex artt. da 52 a 66*) nonché dai principi sanciti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia». Sulla base di questa argomentazione si è ritenuto che «le concessioni di beni pubblici siano da sottoporre ai principi di evidenza pubblica che impongono l'espletamento di gara formale anche in presenza di una sola domanda, che si pone pertanto come atto prodromico all'indizione della gara medesima. Ciò nel presupposto che con la concessione di area de-

A questo particolare profilo sarà dedicata la mia analisi.

Nella parte prima cercherò di tratteggiare gli approdi raggiunti su questo tema sia nell'ordinamento nazionale sia nell'ordinamento comunitario; nella parte seconda tenterò invece di indicare le modalità operative riguardo la predisposizione di un bando di gara.

Preciso, infine, che non affronterò direttamente il problema relativo al recupero degli investimenti effettuati dal privato concessionario alla scadenza della concessione. Problema tutto sommato estraneo al profilo del rispetto della concorrenza¹¹⁰; ma, lo rilevo per *incidens*, che potrebbe essere risolto attraverso una stima della quota parte residua degli ammortamenti da porre a carico del concessionario subentrante (da valutarsi nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica) e giammai come criterio di preferenza a favore del precedente concessionario.

3.1.2. «Indicatori» proconcorrenziali (esterni e interni)

Quanto accennato con riferimento al rispetto delle procedure di gara per l'assegnazione delle concessioni demaniali marittime dovrebbe essere indubbio. Tanto è vero che la Commissione europea ha recentemente formulato alcune "eccezioni" alla disciplina normativa prevista nel nostro Ordinamento, imperniata, come già anticipato, sul diritto di insistenza e sul rinnovo automatico.

Si tratta della attivazione di una specifica procedura d'infrazione, la n. 2008/4908¹¹¹, che, per la verità, costituisce solo l'epilogo di

maniale marittima si consente a soggetti operanti sul mercato una possibilità di lucro, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai principi di trasparenza e di non discriminazione».

¹¹⁰ Come del resto indicato anche dalla Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (decisione del 16/10/2008, vedi dopo) che, in relazione alla durata della concessione, ha stabilito «...andrebbe di regola giustificata sulla base di valutazioni tecniche, economiche e finanziarie», precisando che «non è tuttavia indispensabile che tale durata sia parametrata al periodo di recupero degli investimenti necessari per lo svolgimento dell'attività, in quanto il valore, al momento della gara, degli investimenti già effettuati dal concessionario può essere posto a base d'asta».

¹¹¹ Per un approfondimento sia consentito rinviare a S. VILLAMENA, *Il rinnovo delle concessioni demaniali marittime. Atto primo: fermenti e timori*, in *Rivista web* www.patrimoniopubblico.it, n. 1/2010.

un lungo (e problematico) percorso di avvicinamento del nostro Paese ai "lidi" della concorrenza.

Invero la procedura di infrazione segnalata è stata causata dal mancato recepimento nei termini previsti (tre anni) della c.d. direttiva *Bolkestein* del 2006 (vedi dopo). Ma è appena il caso di precisare che la direttiva in parola riguarda i "servizi", mentre è per lo meno dubbio che in tema di concessioni demaniali marittime si versi in questo ambito materiale. Nondimeno, però, tale profilo perde di consistenza, potendo essere relegato a questione di mero interesse teorico, se si guarda al fatto che la necessità di sottoporre le concessioni demaniali marittime alle regole della concorrenza era facilmente ipotizzabile prima ancora dell'avvio della procedura di infrazione indicata, tenuto conto, in particolare, degli innumerevoli "segnali" derivanti dall'ordinamento comunitario nonché dall'ordinamento nazionale.

Limitandomi ai principali è utile premettere una indicazione di metodo: a livello comunitario la sostanza conta molto più della forma; il fatto che manchi una disciplina specifica sul rapporto fra "evidenza pubblica" e concessioni demaniali non consente dunque di trincerarsi dietro uno scudo protettivo che garantisca una sorta di immunità.

In primo luogo, alla stregua della nota Comunicazione della Commissione europea del 12 aprile 2000¹¹² (successivamente sviluppata da una Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri¹¹³) i principi di evidenza pubblica si considerano applicabili anche alle fattispecie non direttamente interessate da disposizioni comunitarie.

La Comunicazione, infatti, rimarca chiaramente che, nonostante «il Trattato non contenga alcuna esplicita menzione degli appalti pubblici, né delle *concessioni*, molte delle sue disposizioni sono rile-

¹¹² Pubblicata in G.U. 29 aprile 2000, n. C 121. Sul tema, fra i molti, G. BALOCCO, *Concessione di beni pubblici tra affidamento diretto e obbligo di gara*, op. cit., pag. 851 e ss. Dopo la Comunicazione del 2000 citata, la Commissione Europea ha confermato il suo indirizzo con la Comunicazione del 29 aprile 2008 (ripresa dalla sentenza della Corte Giust. CE, 7 dicembre 2008, in causa C-324/98).

¹¹³ Dipartimento per le politiche comunitarie del 1° marzo 2002, n. 945.

vanti in materia. Si tratta delle norme del Trattato che presidiano e garantiscono *il buon funzionamento del mercato unico*» (*corsivo mio*)¹¹⁴.

Non solo, successivamente la già citata Circolare della Presidenza del Consiglio ha puntualizzato che «a prescindere dall'applicabilità di specifici regimi, tutte le concessioni ricadono nel campo di applicazione delle disposizioni degli artt. da 28 a 30 (*ex artt. da 30 a 36*), da 43 a 55 (*ex artt. da 52 a 66*) del Trattato o dei principi sanciti dalla giurisprudenza della Corte». Si tratta più in particolare dei principi di «non discriminazione», di «parità di trattamento», di «trasparenza», di «mutuo riconoscimento» e di «proporzionalità», così come risultano dalla costante tradizione giurisprudenziale della Corte europea, che si è posta all'avanguardia nella loro elaborazione¹¹⁵.

Inoltre, ma lo ricordo rapidamente, il Giudice comunitario ha più volte sottolineato (e da tempo!) la necessità di rispettare il principio di trasparenza anche negli appalti non rientranti espressamente nella sfera di applicazione della normativa comunitaria¹¹⁶.

Infine, come segnalato in apertura, anche la giurisprudenza amministrativa nazionale (almeno quella prevalente) si è più volte dimostrata sensibile agli stimoli derivanti dal diritto comunitario, assumendo un atteggiamento pragmatico che privilegia lo "spirito"

¹¹⁴ Ossia: le norme che vietano qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità (art. 12, par. 1, *ex art. 6*, par. 1); le norme relative alla libera circolazione delle merci (art. 28 - *ex art. 30* - ss.), alla libertà di stabilimento (art. 43 - *ex art. 52* - ss.), alla libera prestazione di servizi (art. 49 - *ex art. 59* - ss.) nonché le eccezioni a tali norme previste agli artt. 30, 45 e 46 (*ex artt. 36, 55 e 56*); infine le disposizioni dell'art. 86 (*ex art. 90*) del Trattato».

¹¹⁵ Segnatamente «il principio di trasparenza, strettamente legato a quello di non discriminazione poiché garantisce condizioni di concorrenza non falsate ed esige che le amministrazioni concedenti rendano pubblica, con appropriati mezzi di pubblicità, la loro intenzione di ricorrere ad una concessione». Secondo le indicazioni della Commissione europea (cfr. il punto 3.1.2 della Comunicazione interpretativa) tali forme di pubblicità «dovranno contenere le informazioni necessarie affinché potenziali concessionari siano in grado di valutare il loro interesse a partecipare alla procedura quali l'indicazione dei criteri di selezione ed attribuzione, l'oggetto della concessione e delle prestazioni attese dal concessionario. Spetterà poi in particolare ai giudici nazionali valutare se tali obblighi siano stati osservati attraverso l'adozione di appropriate regole o prassi amministrative». A sua volta, «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 Giust. CE, 25 aprile 1996, in causa C-87/94, *Bus Wallons*, punto 54).

¹¹⁶ Vedi Corte Giust. CE, 7 dicembre, 2000, C-324/98, cit., punto 60.

della disciplina comunitaria piuttosto che l'aspetto formale. Di tal che è stata riconosciuta ai principi desumibili dal Trattato in materia di concorrenza «una portata generale che può adattarsi ad ogni fattispecie che sia estranea all'immediato ambito applicativo delle direttive sugli appalti»¹¹⁷.

In tema di beni demaniali costituisce una dimostrazione di tale "sensibilità" la decisione n. 168/2005 in cui il Consiglio di Stato ha affermato che *«anche i procedimenti tendenti al conferimento di una concessione di area demaniale marittima debbono ritenersi sottoposti ai principi di evidenza pubblica, dato che, in base alle norme comunitarie, presupposto sufficiente affinché si applichino i predetti principi è la circostanza che con la concessione di area demaniale marittima si fornisca un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai ricordati principi di trasparenza e non discriminazione» (corsivo mio).*

In questo modo il Giudice amministrativo ha favorito una «interpretazione comunitariamente orientata» del diritto di insistenza subordinato al rispetto di tre condizioni: 1) effettiva equipollenza delle condizioni offerte dal concessionario e dagli altri aspiranti sul piano della rispondenza agli interessi pubblici; 2) idonea pubblicizzazione della procedura relativa al rinnovo; 3) necessità di depurare la procedura dai fattori di vantaggio rivenienti in capo al concessionario dalla titolarità della concessione ovvero dalla titolarità di altro rapporto concessorio funzionalmente collegato al primo.

3.1.3. *La vis espansiva della tutela della concorrenza nei settori tradizionalmente «esclusi»: casi recenti e (tutto sommato) analoghi alle concessioni demaniali marittime.*

Il recepimento nell'ordinamento nazionale delle "direttive appalti" del 2004 attraverso il Codice dei contratti pubblici del 2006 (d.lgs. n. 163/2006), non conferma (o comunque non conferma del

¹¹⁷ Vedi Cons. di Stato n. 934/2002.

tutto) l'assenza di disposizione scritte in tema di concessioni demaniali marittime.

L'assenza di una disciplina nazionale (oltre che come visto comunitaria) in materia è in qualche misura compensata dall'art. 27 del Codice dei contratti pubblici che rappresenta una vera e propria "cerniera" del sistema delle commesse pubbliche. Attraverso una sua interpretazione (al solito) "comunitariamente orientata" è infatti possibile colmare le lacune giuridiche che altrimenti rischierebbero di tradire lo spirito *proconcorrenziale* che anima l'intero impianto del Codice citato.

Ricordo che l'articolo 27 appena menzionato dispone che l'affidamento di contratti pubblici "esclusi" dalla applicazione del Codice (come nel caso delle concessioni demaniali marittime) deve comunque avvenire «nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità...». In una parola attraverso una procedura di gara pubblica!

Ed è proprio su questa scia, che sottomette tutti i "vantaggi" che derivano *dal* pubblico a favore *del* privato ad una procedura di gara che la *vis expansiva* della disciplina comunitaria ha coinvolto settori in cui, come nel caso delle concessioni demaniali, si riteneva che le esigenze della concorrenza cedessero il passo a valori diversi e di pari rilievo.

Solo per segnalarne alcuni di grande rilievo scientifico e pratico ricordo le c.d. opere di urbanizzazione a scomputo degli oneri concessori in cui, anche se per la pubblica amministrazione sarebbe certamente più conveniente, in termini di interesse pubblico, far svolgere i relativi "lavori" al titolare della concessione edilizia, la Corte di Giustizia, e successivamente, e non senza fatica, il Codice dei contratti pubblici, ha imposto l'obbligo di gara sia per gli appalti sopra soglia sia per quelli sottosoglia¹¹⁸.

Oppure, da altro versante, ricordo il caso ancora più emblematico dei c.d. contratti gratuiti a favore della pubblica amministrazio-

¹¹⁸ Sul punto sia consentito rinviare a S. VILLAMENA, *Scomputo degli oneri in cambio di opere. Il sinallagma funzionale pubblico-privato assorbito dall'evidenza pubblica*, in Rivista web www.giustamm.it, n. 4/2009.

ne ¹¹⁹, soggetti anch'essi, secondo il Giudice amministrativo ¹²⁰, alle regole della evidenza pubblica: dato che per l'impresa che li stipula rappresentano una occasione di guadagno derivante dal pubblicità dei propri prodotti nei confronti di una ampia clientela¹²¹.

Ebbene se sono subordinati ai principi comunitari della tutela della concorrenza perfino i contratti "gratuiti" o "altruistici"¹²², in cui si accettano di realizzare lavori, servizi o forniture senza alcun onere economico a carico dell'Amministrazione, a *fortiori* dovrebbero esserlo le concessioni demaniali marittime, perché l'azione della pubblica amministrazione (*attraverso* la concessione di beni a soggetti privati) comporta senz'altro una occasione di guadagno per gli operatori economici, richiedendosi di conseguenza la selezione degli stessi nel rispetto dei principi di evidenza pubblica.

Non solo. L'evidenza pubblica generalizzata a tutte le ipotesi inerenti le concessioni demaniali (rilascio, rinnovo e subentro in corso di esecuzione della concessione) potrebbe costituire anche una occasione per accrescere la redditività delle concessioni (tema, per altro, su cui il Giudice contabile è piuttosto sensibile¹²³), dato che i corrispettivi pagati dai concessionari sono tradizionalmente

¹¹⁹ Si trattava del servizio di erogazione di prestiti personali e mutui ipotecari ai dipendenti di un ente pubblico.

¹²⁰ Vedi Cons. Stato n. 30/2007.

¹²¹ Sul tema vedi R. GIOVAGNOLI, *Obbligo di gara anche per i contratti gratuiti*, in *Urb. app.*, 2007, pag. 721 e ss.

¹²² Naturalmente esistono delle eccezioni (in questo senso vedi Cons. di Stato n. 44/2007, che ha ritenuto non soggetto alle regole dell'evidenza pubblica l'accordo tra un Comune e un'impresa cartellonistica pubblicitaria con cui quest'ultima si impegnava a riservare parte dei propri impianti ad attività di informazione istituzionale del cittadino, nonché a fornire gratuitamente alcuni motocicli elettrici all'amministrazione comunale).

¹²³ In questo senso la Corte dei Conti ha stabilito che «sussiste un comportamento gravemente colposo dell'amministratore pubblico in tutti i casi in cui non vengano seguiti nell'istruzione delle pratiche i normali criteri di diligenza, omettendo i necessari approfondimenti e valutazioni volti ad una gestione dei beni demaniali economicamente orientata e senza neppure richiedere l'intervento e l'ausilio anche sotto il profilo giuridico dei competenti organi dell'Amministrazione comunale. Tale comportamento colposo è produttivo di danno erariale in quanto dalla mancata ponderazione dei vari interessi in gioco e in particolare l'omissione di concrete valutazioni, nell'ambito delle singole procedure istruttorie, tra piani di investimento, opere realizzate dai richiedenti le concessioni e congrua determinazione dei canoni contraddice una gestione economicamente orientata dei beni demaniali, che ne garantisca la proficua utilizzazione e quindi ne incentivi la redditività in termini di entrate» (C. Conti reg. Lazio sez. giurisd., 30 marzo 2009, n. 486).

inferiori ai valori di mercato¹²⁴. Studi recenti evidenziano infatti come i corrispettivi pagati dai concessionari sono generalmente inferiori al valore di mercato¹²⁵.

3.1.4. Esclusione dall'obbligo di gara: il caso dell'*in house*

Giova precisare che (forse) uniche eccezioni alla applicazione dei principi sopraesposti sono costituite dalle ipotesi in cui manchi un vero e proprio rapporto giuridico tra ente pubblico e soggetto gestore della concessione demaniale marittima: "delegazione interorganica" e servizio affidato *in house*¹²⁶.

L'applicazione della disciplina comunitaria può infatti essere esclusa nel caso in cui l'ente pubblico eserciti sul concessionario un "controllo analogo"¹²⁷ a quello esercitato sui propri servizi e, quest'ultimo, vale a dire il concessionario, realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano.

In aggiunta a ciò la giurisprudenza nazionale¹²⁸ - rifacendosi all'articolo 113, comma 5, lettera c), del T.U. Enti Locali¹²⁹ - richiede

¹²⁴ Sul punto M. D'ALBERTI, *Per la riforma e la valorizzazione delle concessioni*, in U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ, *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna, 2007, pag. 286 e ss.; nonché, dello stesso Autore (a cura di), *Concessioni e concorrenza*, 1998, Roma.

¹²⁵ Sia per individuazione «a monte» di canoni inadeguati al bene o servizio, sia per l'alto grado di mancato riscosso derivante dall'evasione e dall'insufficiente esercizio dei poteri di vigilanza. Sul punto F. DILASCIO, *Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, *op. cit.*

¹²⁶ Secondo la terminologia utilizzata dalla Corte di Giustizia, sentenza del 18 novembre 1999, causa c- 107/98, Teckal s.r.l. c. Comune di Aviano. Sull'*in house providing* è intervenuta anche la Commissione europea (Comunicazione del 5 febbraio 2008, C 2007/6661), nella quale l'organo comunitario ha ribadito il rispetto dei principi comunitari nella disciplina di appalti e concessioni.

¹²⁷ Segnatamente, ad avviso delle istituzioni comunitarie, per "controllo analogo" si intende un rapporto equivalente, ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di subordinazione gerarchica; tale situazione si verifica quando sussiste un controllo finanziario, gestionale e "stringente" dell'ente pubblico sull'ente societario.

¹²⁸ In tal senso TAR Sardegna n. 1729/2005; TAR Puglia n. 1318/2006 e TAR Toscana n. 2833/2004.

¹²⁹ Si tratta del d.lgs. n. 267 del 2000. La disposizione in esame, recante «Gestione delle reti ed erogazione dei servizi pubblici di rilevanza economica», prevede la possibilità di affidamento diretto, senza gara, analogamente al modello dell'*in house providing*, a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla so-

- LE ATTIVITA' TUTISTICO RICREATIVE SUL DEMANIO MARITTIMO: LE CONSEGUENZE IN RELAZIONE AL TRASFERIMENTI DI FUNZIONI
- CLASSIFICAZIONE DELLE OPERE REALIZZARE SUL DEMANIO MARITTIMO
- CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME E CONCORRENZA

GABRIELE LAMI dirigente settore demanio Comune di Follonica

C. ALBERTO NEBBIA COLOMBA esperto in demanio marittimo

STEFANO VILLAMENA ricercatore e professore aggregato presso l'Università di Macerata

The screenshot shows the homepage of the website 'PATRIMONIOPUBBLICO'. At the top, there are navigation links for 'TERRITORIO', 'Esproprioonline.it', 'URBIUM', 'PIANO CASA', and 'e-stimo'. The main title is 'PATRIMONIOPUBBLICO' with the subtitle 'La rivista del demanio e patrimonio'. Below this, it says 'Coordinatore scientifico: Gabriele Lami' and the date 'Lunedì 19 Aprile 2010 - 18:35:49'. The page is divided into several sections: a left sidebar with a 'HOME' menu (Home, Legislazione, Giurisprudenza, Prassi, Approfondimenti, Notizie, Ausili, Speciali, Pubblicazioni) and a search bar; a main content area with 'SPECIALI' (Acque Pubbliche e Servizio Idrico, Concessioni Demaniali Marittime, Strade, Alienazioni Immobiliari) and 'NOTIZIE ATTUALITÀ' (Demanialità: serve un accertamento rigoroso, Il piano urbanistico attuativo che preveda la copertura parziale di un canale deve essere assentito dal competente consorzio di bonifica prima della presentazione, La normativa regionale non può imporre un'autorizzazione per la gestione dei centri di raccolta dei rifiuti urbani, Il federalismo fiscale parte dal demanio, Ammodernare il servizio idrico costerà oltre 60 miliardi, L'occupazione di un'area maggiore rispetto a quella concessa può essere sanzionata con la sospensione dell'autorizzazione commerciale); and a right sidebar with 'Avvertenze', 'LOGIN UTENTE', and 'NOVITÀ'. The bottom of the page features a 'PRIMO PIANO' section with an article about 'BENI DEGLI EX E.C.A.: GIURISDIZIONE ORDINARIA' dated 24/09/2009.

S2/10

www.patrimoniopubblico.it

ISBN 978-88-95578-05-7

www.exeodizioni.it info@exeodizioni.it 0499711446

Questo volume, sprovvisto del talloncino, è da considerarsi copia fuori commercio

€ 45,00



9 788895 578057

2010

Lami - Nebbia Colomba - Villamena
Le concessioni demaniali marittime