

Marco Ragusa

DEMANIO MARITTIMO E CONCESSIONE:  
QUALI NOVITÀ DALLE PRONUNCE  
DEL NOVEMBRE 2021?

SOMMARIO: 1. Il rapporto tra demanio marittimo e concessione come sfondo delle questioni affrontate dalle decisioni dell'Adunanza Plenaria n. 17 e n. 18 del 2021. – 2. L'origine degli schemi ricostruttivi di riferimento: dall'uso generale all'interesse pubblico. – 3. La riflessione su pianificazione urbanistica e demanio marittimo nell'epoca dell'attuazione dell'ordinamento regionale. – 4. Il demanio marittimo tra demanio portuale e demanio costiero: *a*) i poteri concessori delle autorità portuali e delle autorità di sistema portuale (cenni). – 5. Il demanio marittimo tra demanio portuale e demanio costiero: *b*) il d.l. n. 400/1993 e la pianificazione degli usi. – 6. Brevi conclusioni: leggendo tra le righe delle pronunce del novembre 2021.

1. *Il rapporto tra demanio marittimo e concessione come sfondo delle questioni affrontate dalle decisioni dell'Adunanza plenaria n. 17 e n. 18 del 2021*

Le recenti pronunce dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato in materia di proroga *ex lege* di concessioni demaniali marittime<sup>1</sup> offrono soltanto l'occasione, se non un semplice pretesto, per le riflessioni svolte nelle pagine che seguono: il rapporto tra i due termini nel titolo è qui indagato al fine di comprendere se l'attuale disciplina dell'istituto concessorio contribuisca, almeno in parte, a chiarire la fisionomia giuridica del demanio marittimo, categoria da sempre sospesa “tra passato e futuro”<sup>2</sup> anche a causa del difficile inquadramento, all'interno degli schemi teorici impiegati per la sua definizione, della disciplina delle concessioni tempo per tempo dettata dal legislatore.

<sup>1</sup> Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 9 novembre 2021, n. 17 e n. 18.

<sup>2</sup> F. BENVENUTI, *Il demanio marittimo tra passato e futuro*, in *Rivista del diritto della navigazione*, 3-4/1965, 154 ss., ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, III, Milano 2006, 2391 ss.

Nessuno dei quesiti a cui le pronunce danno risposta, all'evidenza, è direttamente pertinente a un'analisi di questo tipo: il loro *thema decidendi* concerne soltanto le modalità procedurali mediante le quali il diritto di un privato sul demanio marittimo può essere costituito (ed estinto); e su queste modalità si appuntano anche le altre questioni relative alle fonti applicabili, all'individuazione dei poteri deputati ad applicarle, ai provvedimenti (legislativi, giurisdizionali e amministrativi) che all'applicazione diano (o non diano) effettivamente luogo<sup>3</sup>.

Tuttavia, è proprio la limitatezza dell'oggetto delle due sentenze che stimola il tentativo di proiettarne le conclusioni all'interno della più ampia tematica relativa all'estensione dei poteri concessori dei soggetti titolari o gestori del demanio marittimo, al rapporto tra i possibili usi dei beni che del demanio sono componenti, alla definizione, insomma, delle facoltà di godimento e disposizione dell'ente titolare o gestore (facoltà le cui specialità rispetto al modello della proprietà privata rappresentano il profilo essenziale della nozione di demanio risultante dall'art. 823, c. I, c.c.).

Tale tentativo può essere opportuno non tanto perché la rilevanza

<sup>3</sup> Questa la formulazione delle tre questioni di diritto contenuta nel decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 160 del 2021, riprodotte al punto 5 delle due pronunce: "1) se sia doverosa, o no, la disapplicazione, da parte della Repubblica Italiana, delle leggi statali o regionali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative; in particolare, se, per l'apparato amministrativo e per i funzionari dello Stato membro sussista, o no, l'obbligo di disapplicare la norma nazionale confliggente col diritto dell'Unione europea e se detto obbligo, qualora sussistente, si estenda a tutte le articolazioni dello Stato membro, compresi gli enti territoriali, gli enti pubblici in genere e i soggetti ad essi equiparati, nonché se, nel caso di direttiva *self-executing*, l'attività interpretativa prodromica al rilievo del conflitto e all'accertamento dell'efficacia della fonte sia riservata unicamente agli organi della giurisdizione nazionale o spetti anche agli organi di amministrazione attiva; 2) nel caso di risposta affermativa al precedente quesito, se, in adempimento del predetto obbligo disapplicativo, l'amministrazione dello Stato membro sia tenuta all'annullamento d'ufficio del provvedimento emanato in contrasto con la normativa dell'Unione europea o, comunque, al suo riesame ai sensi e per gli effetti dell'art. 21-octies della legge n. 241 del 1990 e s.m.i., nonché se, e in quali casi, la circostanza che sul provvedimento sia intervenuto un giudicato favorevole costituisca ostacolo all'annullamento d'ufficio; 3) se, con riferimento alla moratoria introdotta dall'art. 182, comma 2, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, come modificato dalla legge di conversione 17 luglio 2020, n. 77, qualora la predetta moratoria non risulti inapplicabile per contrasto col diritto dell'Unione europea, debbano intendersi quali "aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto" anche le aree soggette a concessione scaduta al momento dell'entrata in vigore della moratoria, ma il cui termine rientri nel disposto dell'art. 1, commi 682 e seguenti, della legge 30 dicembre 2018, n. 145".

e l'urgenza delle questioni immediatamente affrontate dal Consiglio di Stato rischi di relegare in secondo piano questi più generali e complessi aspetti, ma piuttosto perché le conclusioni delle due sentenze sono sorrette da un'ampia e articolatissima motivazione, in cui l'Adunanza plenaria sembra prendere effettivamente posizione su alcuni nodi problematici del rapporto tra demanio marittimo e concessione e la cui portata sistematica va oltre la specifica materia del contendere.

## 2. *L'origine degli schemi ricostruttivi di riferimento: dall'uso generale all'interesse pubblico*

È noto come la moderna nozione di demanio si sia contraddistinta, alle origini, per un vistoso scollamento tra il modello teorico, elaborato con quasi esclusivo riferimento alla disciplina del Codice civile del 1865, e l'esperienza concreta, caratterizzata dall'intreccio tra i pochi principi sinteticamente desumibili dalla disciplina codicistica e le tante regole introdotte (e a più battute modificate) dalla legislazione speciale relativa a singole classi o a singoli tipi di beni demaniali<sup>4</sup>.

Il modello astratto vedeva nella inalienabilità (art. 430 del Codice) l'elemento indefettibile della nozione e da questo elemento la scienza giuridica traeva il corollario della essenziale destinazione della cosa demaniale all'uso generale da parte del popolo<sup>5</sup>. La legislazione speciale, di contro, prevedeva fattispecie che (al principale fine di valorizzare l'attitudine a nuovi impieghi economici, rivelata ben presto dalla gran parte dei

<sup>4</sup> B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova 2008, 15 s. e *passim*.

<sup>5</sup> Su tale assunto convergevano tanto le dottrine che ritenevano il potere sui beni demaniali una manifestazione di sovranità, negando alla relazione tra lo Stato e i beni i caratteri propri di un diritto di proprietà, lettura che trovava un sia pur debole aggancio a livello normativo nella previsione dell'art. 1, c. II, del regolamento per la contabilità generale del 1885 (G. DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Corso di diritto pubblico amministrativo*, I, Firenze 1877, 308 ss.; G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, II, Firenze 1882, 11 s.), quanto le tesi che, pur negando una distinzione ontologica tra la titolarità del demanio e la proprietà privata, individuavano nel popolo il sostanziale 'proprietario' dei beni demaniali, configurando la destinazione all'uso generale diretto non come "un limite alla proprietà dello Stato", ma come il "contenuto" di quest'ultima (L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino 1909, 334; v. anche F. PERSICO, *Principi di diritto amministrativo*, II, Napoli 1890, 9 ss. Sulla distinzione tra i due approcci cfr. S. ROMANO, *La determinazione della demanialità da parte dell'autorità amministrativa*, in *Circolo giuridico*, 1898, ora in ID., *Scritti minori*, Milano 1950, 123 ss.).

beni elencati dall'art. 427) mettevano in dubbio la coerenza di un tanto lineare schema ricostruttivo.

Con riferimento al demanio marittimo, in particolare, il cennato scollamento è principalmente testimoniato dalle modifiche apportate al Codice della marina mercantile del 1865<sup>6</sup> e alla coeva legge sui lavori pubblici<sup>7</sup>.

Il primo, novellato nel 1877<sup>8</sup>, pur mantenendo il divieto di “concessioni permanenti”, ammetteva la possibilità che concessionari temporanei potessero realizzare “opere di natura stabile” sulle aree demaniali (art. 158)<sup>9</sup>; ma era soprattutto il relativo regolamento di esecuzione<sup>10</sup> a infirmare la tesi della ordinaria apertura del demanio all'uso generale.

L'art. 751 riservava in via permanente all'uso (in forza di concessione) di cantiere o “di altre industrie navali”, le spiagge del Regno “che per la naturale loro condizione si prestano all'esercizio” di tali attività<sup>11</sup>. Per le zone passibili di più intensa utilizzazione, l'art. 752 attribuiva all'Autorità marittima il compito di adottare un piano regolatore<sup>12</sup>.

Più in generale, il Regolamento ammetteva però concessioni “per qualsiasi uso” (artt. 757 e ss.) dei beni del demanio marittimo. Eccezion fatta per le concessioni relative a industrie marittime, preferite a ogni altra ove riguardassero moli, ponti e calate, la legge non specificava quali fossero tali possibili usi.

<sup>6</sup> Regio decreto 25 giugno 1865 n. 2560

<sup>7</sup> Legge 20 marzo 1865, n. 2248, Allegato F.

<sup>8</sup> Il Codice per la Marina mercantile è stato modificato dalla l. 24 maggio 1877, n. 3919, e poi pubblicato in testo unico, il 24 ottobre dello stesso anno, con regio decreto n. 4146.

<sup>9</sup> Nel testo originario del Codice della marina mercantile del 1865, l'art. 157 negava, infatti, che i beni del demanio marittimo e le rispettive pertinenze potessero essere oggetto di “concessioni ed occupazioni permanenti” se non in forza di legge speciale e ammetteva soltanto la concessione di beni e pertinenze demaniali per occupazioni temporanee (e revocabili *ad nutum* “per mezzo di decreto reale”) funzionali alla realizzazione di opere (comunque non “permanent”) “essenzialmente utili alla navigazione, alle industrie e al commercio marittimo” (art. 158). In argomento, cfr. B. TONOLETTI, *op. cit.*, 28 s.

<sup>10</sup> Regio decreto 20 novembre 1879, n. 5166.

<sup>11</sup> Le relative concessioni erano rilasciate per il tempo necessario alla costruzione del naviglio e la preferenza tra diversi aspiranti era riconosciuta a quella, tra le iniziative di costruzione, che fosse di più immediata intrapresa (artt. 754); si prevedeva espressamente, infine, che la titolarità della concessione “non dà titolo, alla scadenza del termine, al rinnovamento della concessione a favore dello stesso costruttore” (art. 753).

<sup>12</sup> La norma stabiliva che “le spiagge su cui consuetamente si costruiscono bastimenti saranno per cura dell'amministrazione marittima, mediante piani regolatori, ripartite in tante aree distinte, ognuna delle quali possa servire convenientemente alla costruzione di un bastimento. Ciascuna area sarà misurata e numerata”.

L'unica tipizzazione era contenuta all'art. 761, in materia di concessioni brevi ("licenze" di durata massima annuale): tra gli usi elencati figuravano già "l'erezione di stabilimenti balneari amovibili e di baracche di legno, di tela, di stuoia e simili ad uso dei bagnanti, o di vendita di generi commestibili ed altro" (lett. *a*), il "collocamento di ponticelli in legno destinati all'imbarco e sbarco di passeggeri" (lett. *d*) o "di sedili mobili per uso di bagnanti" (lett. *g*).

Per questi tipi di licenza breve, come per le concessioni 'innominate' di cui all'art. 757, la legge non prevedeva poteri di previa pianificazione del litorale ed era la valutazione discrezionale compiuta, di volta in volta, dalle amministrazioni competenti ad attestare la compatibilità della richiesta con gli interessi pubblici coinvolti<sup>13</sup>.

In ipotesi di concorso di istanze di licenza breve relative alla stessa area, la preferenza era accordata a quella presentata anteriormente (art. 762) e la relativa concessione era "rinnovabile alla scadenza" senza ulteriori specificazioni<sup>14</sup>.

Quando oggetto di una pluralità di domande fosse, invece, una concessione 'innominata', la scelta dell'amministrazione doveva cadere su quella che contemplasse un uso dell'area di maggior rilievo con riferimento ai "bisogni ed agli interessi locali": ove tale criterio risultasse inapplicabile, l'area era affidata a seguito di pubblici incanti, ponendo a base d'asta l'importo del canone (art. 770).

Un interesse del legislatore per la contendibilità dei titoli e, insieme, per il rapporto tra uso eccezionale e uso generale era maggiormente evidente dove si trattasse di concessioni "di particolare importanza e di lunga durata": in questi casi era obbligatoria la pubblicazione dell'istanza e, in caso di opposizione alla medesima, l'opportunità della stipulazione del contratto di concessione era rimessa alla valutazione discrezionale del Ministero della marina (artt. 771 e 772)<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Una compatibilità il cui accertamento era demandato, sotto "l'aspetto demaniale", all'intendenza di finanza, che deve tuttavia essere effettuato per le sole concessioni atipiche e non anche per le licenze brevi (art. 767).

<sup>14</sup> La licenza era tuttavia revocabile *ad nutum* dalla capitaneria di porto, con esclusione del "diritto a compensi, o ad indennità di sorta" (art. 781, c. II).

<sup>15</sup> La stessa procedura non trovava applicazione in ipotesi di rinnovo (art. 772, c. 4), il quale poteva essere discrezionalmente accordato dall'Amministrazione (come nelle ipotesi di minore "importanza e durata"), senza però che il concessionario vantasse a tal fine alcun diritto (art. 787): la legge imponeva la restituzione nel pristino stato delle aree, alla scadenza (art. 802), salvo che l'Amministrazione decidesse di acquisire all'erario le opere ivi realizzate (in questo caso, senza "alcun compenso od indennità di sorta": art. 803).

Anche le modifiche apportate nel 1884 alla legge sui lavori pubblici sono rilevanti per cogliere il rapporto tra demanio marittimo e concessione a pochi anni dalla codificazione del 1865<sup>16</sup>. L'art. 18, c. I, del T.U. n. 3095/1885 prevedeva che enti locali, camere di commercio o privati potessero realizzare opere marittime in forza di concessione e acquisire così il diritto a percepire gli importi versati dall'utenza del porto cittadino a titolo di tasse supplementari di ancoraggio<sup>17</sup>.

Il secondo comma dell'art. 18 stabiliva che, in favore dei comuni, potessero essere rilasciate concessioni di tratti costieri, di durata massima novantennale, in prossimità del porto cittadino o dell'abitato, a condizione che "i proventi, che si possono dall'uso di essi ricavare" venissero destinati alla realizzazione di opere marittime "di utilità riconosciuta dal ministero dei lavori pubblici".

È evidente come il *nomen iuris* "concessione" designasse, nell'ambito del Codice della marina mercantile e nel T.U. lavori pubblici, due tipi di provvedimento ben differenti.

Quello contemplato dalla seconda fonte è un rapporto passivo, causalmente connotato dall'interesse del concedente alla realizzazione dell'opera, indipendentemente dal tipo di corrispettivo previsto in favore del concessionario<sup>18</sup>. A questo schema è ovviamente riconducibile anche la concessione di costruzione e gestione di opere marittime, introdotta nel 1904 dal Regolamento di esecuzione del T.U. del 1885 (R.D. 26 settembre 1904, n. 713, artt. 34 ss.), di durata non eccedente i novant'anni e alla cui scadenza "le opere stesse passeranno al demanio pubblico" (art. 39).

Le concessioni contemplate dal Codice della marina mercantile sono, al contrario, chiari esempi di rapporti attivi, concessioni di bene, in cui l'attività posta in essere dal concessionario resta sullo sfondo del rapporto e rileva ai soli fini della eventuale selezione tra più istanze concorren-

<sup>16</sup> Il R.D. 2 aprile 1885, n. 3095 approva il testo unico della legge 16 luglio 1884, n. 2518 (Serie 3), con le disposizioni del titolo IV (porti, spiagge e fari) della precedente legge del 1865.

<sup>17</sup> Queste ultime potevano essere imposte (e accordate ai concessionari) dal Governo, su richiesta di ciascun comune marittimo, previa approvazione dei progetti delle opere da parte del Ministero dei lavori pubblici, ai sensi dell'art. 17 dello stesso T.U.

<sup>18</sup> Tale corrispettivo può infatti consistere (art. 18, c. II, R.D. 3095/1885), nel diritto a sfruttare una porzione del demanio marittimo, ovvero nel diritto a percepire l'importo che gli utenti del porto) sono tenuti a pagare (art. 18, c. I): in quest'ultimo caso, la concessione non ha, in realtà, a oggetto il bene, poiché l'uso eccezionale dell'area demaniale si risolve in quello strettamente necessario alla costruzione dell'opera stessa (nella misura necessaria, cioè, alla realizzazione dell'interesse del concedente).

ti: l'interesse diretto del concedente si risolve in quello alla percezione del canone (per quanto un interesse pubblico mediato possa essere colto nella preferenza *ex lege* per la cantieristica e per le industrie marittime e nelle disposizioni in materia di canoni).

Entrambi i tipi di concessione, tuttavia, sono in grado di mettere in crisi la tesi di una pura destinazione del demanio all'uso generale, la cui perdurante validità può essere argomentata soltanto al costo di una vistosa torsione della sua formulazione originaria.

Ranelletti, in questa prospettiva, sosterrà che l'uso pubblico non debba necessariamente coincidere con quello generale: la collettività a cui si riconosce la facoltà di usare il bene non deve infatti essere identificata, *sic et simpliciter*, con la generalità dei consociati, ma con i "singoli componenti quella data collettività, i quali sentono quel bisogno, a soddisfare il quale la cosa è destinata"<sup>19</sup>.

Anche nella sua rielaborata formulazione, tuttavia, la tesi ottocentesca è definitivamente incrinata dal prorompente affermarsi, all'inizio del '900, dell'uso diretto del demanio marittimo da parte dell'Amministrazione: l'istituzione di una pluralità di enti portuali che sfruttano quel demanio per svolgere un'attività a carattere economico è incompatibile anche con la rivisitazione della teoria dell'uso pubblico, nella cui cornice una siffatta destinazione dovrebbe attestare la natura patrimoniale della cosa<sup>20</sup> che è, invece, espressamente qualificata come demaniale dalla legge.

Ed è appunto con riferimento all'uso diretto delle risorse portuali, da un lato, e alla riserva al Consorzio autonomo del Porto di Genova del "pubblico servizio" erogabile per loro tramite, dall'altro lato, che fa il suo ingresso nella giurisprudenza italiana<sup>21</sup> la dottrina Mayeriana della

<sup>19</sup> O. RANELLETTI, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico. Teoria*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1898, 8 (ora in ID., *Scritti giuridici scelti*, IV, *I beni pubblici*, Napoli 1992, 131 ss.). Per un'accurata analisi dei presupposti teorici da cui muove la ricostruzione di Ranelletti v. B. TONOLETTI, *op. cit.*, 150 ss.

<sup>20</sup> L. RAGGI, *Servizio pubblico e demanialità*, in *Filangieri*, I/1909, 81 ss.

<sup>21</sup> Consiglio di Stato, sez. IV, 31 dicembre 1906, *Bodano, Piegalluga ed altri, Carr e altri c. Consorzio autonomo del Porto di Genova e Bruschetti ed altri*, in *Foro italiano*, III, IX/1907, 17 ss., con nota di L. RAGGI, *ibidem*, 107 ss.; con nota di F. CAMMEO in *Giurisprudenza italiana*, III, 1907, 173 ss.; v. anche il commento di E. REDENTI, *Sull'uso generale dei beni demaniali*, in *Rivista di diritto commerciale*, I, 1908 e, in replica a questi, ancora L. RAGGI, *Servizio pubblico e demanialità*, cit., 81 ss. Sul rilievo della pronuncia e del dibattito sorto intorno a essa v. B. TONOLETTI, *op. cit.*, 166 ss. e 329 ss.; cfr. anche M. RAGUSA, *Porto e poteri pubblici. Una ipotesi sul valore attuale del demanio portuale*, Napoli 2017, 39 ss. e 70 ss.

proprietà pubblica<sup>22</sup>: per mezzo del suo demanio, lo Stato-persona deve certo perseguire fini di utilità generale, ma questi fini non coincidono (o, almeno, non necessariamente coincidono) con l'apertura del bene all'uso generale da parte della collettività.

La evidente marginalizzazione del rilievo dell'uso, nella nuova ricostruzione della nozione di demanio, conduce peraltro a una nuova conformazione dell'istituto concessorio.

Anche la ricostruzione di Guicciardi, che – pur negando un rilievo centrale al concetto di uso in sé e per sé considerato – riconosce comunque essenziale, alla nozione di demanio, un preciso profilo funzionale (il requisito “specifico” della demanialità<sup>23</sup>), a tale profilo nega rilievo giuridico allorché il bene demaniale sia oggetto di concessione.

Nella “forma normale” di destinazione del bene, l'uso eccezionale non vede altro che un limite esterno: la concessione non deve essere conforme, complementare o utile, sul piano funzionale, alla destinazione normale, ma soltanto compatibile con essa.

Il potere concessorio è limitato, secondo questa impostazione, ai margini residuali di utilizzazione del demanio, a quei beni, cioè, non necessari alla destinazione primaria, perché eccedenti lo scopo<sup>24</sup>.

Ma una siffatta impostazione, all'evidenza, non è di alcun aiuto nella ricostruzione del rapporto tra demanio e concessione ogni qualvolta la definizione legislativa della destinazione sia connotata da vaghezza o non sia rappresentata, comunque, da entità passibili di una valutazione quantitativa: nell'uno e nell'altro caso, infatti, resta preclusa la possibilità di misurare l'estensione della porzione di demanio indispensabile alla destinazione (e così quella della porzione eccedente).

È vero, insomma, che a differenza di altre impostazioni tributarie dell'opera di Mayer<sup>25</sup>, la tesi in esame mira apparentemente a restringe-

<sup>22</sup> O. MAYER, *Le Droit administratif allemand*, Paris 1905 (ed. francese, a cura dello stesso Autore, dei due volumi intitolati *Deutsches Verwaltungsrecht*, Munich-Leipzig 1896), III, 87 ss.

<sup>23</sup> E. GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova 1934, 60 ss.

<sup>24</sup> *Ibid.*, 340 (nota 1).

<sup>25</sup> S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano 1906, 410 ss. e 269 ss. (v. anche la III ed., Milano 1912, 439 ss. e 291 ss.). Nei *Principii*, l'Autore sposa pressoché integralmente la teoria della proprietà pubblica di Mayer, alla quale sembrava essersi accostato con maggiore cautela nell'opera precedente (*Determinazione della demanialità*, cit., segn. 131); G. ZANOBINI, *Il concetto della proprietà pubblica e i requisiti giuridici della demanialità*, in *Studi senesi*, XXXVII, 1923, poi riedito in *Id.*, *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano 1955, 165 ss., con postille dello stesso Autore. Cfr. anche *Id.*, *Corso di diritto amministrativo*, IV, Milano 1948, 3 ss.

re la sfera di discrezionalità dei poteri di amministrazione del demanio, configurandoli come meramente dichiarativi e ricognitivi di una funzione predeterminata dalla legge<sup>26</sup>. Ma è anche vero che in tal modo si perviene, ogni qualvolta quella predeterminazione legale difetti, a negare la sindacabilità degli atti che in concreto imprimono al bene una destinazione, sia essa quella “normale” o quella derivante dalla concessione.

L'assenza di una univoca predeterminazione della destinazione contraddistingue, appunto, come già illustrato, la disciplina del demanio marittimo.

Guicciardi, individuata la funzione di quest'ultimo nella (generica) garanzia di “nuove vie di comunicazione” per la collettività, ne illustra i caratteri mediante una analogia con il (e tramite un semplice rinvio alla trattazione del) demanio stradale e idrico: e così, a fronte di una destinazione “normale”, individuata nell'uso pubblico, la trattazione non affronta il problema della sostanziale indeterminatezza dei poteri concessori contemplati dalla legislazione speciale<sup>27</sup>.

Una più compiuta definizione – della funzione, della destinazione o del rapporto tra usi del demanio marittimo – non è rinvenibile, com'è noto, nemmeno nel Codice della navigazione del 1942 e nel relativo Regolamento di esecuzione (d.p.R. 15 febbraio 1952 n. 328).

Dagli artt. 33, 35 e 42 Cod. nav. si ricava che la comune destinazione dei beni del demanio marittimo, elencati all'art. 28, è quella ai “pubblici usi del mare”, carattere che essi possono presentare anche solo potenzialmente: a differenza di quanto previsto dall'art. 157, c. II, del Codice della Marina mercantile<sup>28</sup>, l'art. 35 Cod. nav. consente, infatti, l'esclusione dal demanio delle sole aree non “utilizzabili per pubblici usi del mare”<sup>29</sup>.

La formula del Codice è tuttavia ambigua perché, se di primo acchito sembra mantenere ferma la tesi tradizionale della destinazione normale del demanio marittimo all'uso generale, essa riferisce, in realtà, questo uso al mare e pone così la costa non a oggetto di un uso qualificato, ma a servizio dell'uso pubblico di una *res* differente<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> E. GUICCIARDI, *op. cit.*, 176 e 201.

<sup>27</sup> *Ibid.*, 77 ss.

<sup>28</sup> La norma stabiliva che “Le parti di spiaggia e delle altre pertinenze demaniali [...] che, per dichiarazione dell'amministrazione marittima fossero riconosciute *non più necessarie all'uso pubblico*, potranno fare passaggio dai beni del pubblico demanio a quelli del patrimonio dello Stato”.

<sup>29</sup> Cfr. D. GAETA, *Il demanio marittimo*, Milano 1965, 5 e ivi nt. 12; M. CASANOVA, *Demanio marittimo e poteri locali*, Milano 1986, 51.

<sup>30</sup> Efficacemente, F. FRANCARIO (*Il demanio costiero. Pianificazione e discrezionalità*,

Una *res* le cui modalità di fruizione sono tanto varie (e tanto più varie diverranno nel corso degli anni successivi all'approvazione del Codice) da attribuire all'amministrazione una discrezionalità quanto mai ampia nella scelta della destinazione dei beni.

Rispetto alla legislazione previgente, nel Codice e nel relativo Regolamento trova espresso riconoscimento l'uso diretto dei beni demaniali marittimi da parte dell'Amministrazione e, in particolare, degli enti portuali ormai preposti alla gestione di una pluralità di scali italiani<sup>31</sup>.

Il modello dell'ente portuale, in cui la riserva in mano pubblica delle attività di carico, scarico e movimentazione delle merci (tramite un sostanziale monopolio della forza lavoro) può essere giustificata con l'esigenza di garantire il più ampio uso pubblico del mare (s'intende: da parte delle navi commerciali; e il discorso è diverso, in ogni caso, con riferimento ai tanti porti e aree portuali industriali)<sup>32</sup>, viene peraltro estesa dal Codice anche alla portualità minore<sup>33</sup>.

Interessanti innovazioni rispetto al regime descritto dal Codice della

in *giustiziainsieme.it*, 16 novembre 2021) rileva che “pubblici usi del mare” è “espressione impropria perché il demanio marittimo in realtà è “asciutto” (lido, spiaggia, rade, porti), ma efficace nel rendere l'idea che la finalità primaria che deve essere perseguita è quella di garantire le esigenze della navigazione e della difesa militare dei confini dello Stato e l'uso non commerciale (ma diretto o generale) del bene” È noto che la natura demaniale del mare territoriale non è per nulla pacifica, oggi come allora, in dottrina e in giurisprudenza: per tutti cfr. L. BENVENUTI, *La frontiera marina*, Padova 1988; G. PESCATORE, *Sulla disciplina del demanio marittimo*, in *Studi per la codificazione del diritto della navigazione*, III, Roma 1949, 871; M.L. CORBINO, *Il demanio marittimo. Nuovi profili funzionali*, Milano 1990, 36 ss.

<sup>31</sup> La destinazione “normale” può infatti essere sospesa qualora l'amministrazione marittima, su istanza di un ente territoriale, decida di asservire determinate aree marittime ad altri “usi pubblici” (art. 34 Cod. nav.) e l'art. 36 del Regolamento consente di ricondurre a tale ipotesi anche le fattispecie contemplate dall'art. 19 Cod. nav., a mente del quale, nei porti di maggiore importanza, “taluni servizi portuali inerenti alla navigazione possono essere affidati ad appositi enti costituiti con legge”.

<sup>32</sup> In questo senso E. GUICCIARDI, *Problemi giuridici attuali dell'attività portuale*, in AA.VV., *Atti del Convegno di studi sugli aspetti giuridici ed economici della produttività dei porti*, Roma 1962, 52 ss.

<sup>33</sup> Anche negli scali che non siano sede di enti portuali e che non siano pertanto soggetti a un regime speciale, si stabilisce che gli utenti che intendano provvedere autonomamente alle operazioni di “imbarco, sbarco, trasbordo, deposito e movimento in genere delle merci e di ogni altro materiale nel porto” (art. 108 cod. nav.) debbano dotarsi di un'autorizzazione (episodica) o di una licenza (in ipotesi di esercizio abituale) al cui rilascio sono competenti gli uffici del lavoro portuale (art. 201 reg. nav. mar.); l'esercizio delle operazioni per conto terzi è invece sottoposto a regime concessorio (art. 111 cod. nav.) e, anche in questo caso, con l'obbligo di avvalersi esclusivamente delle maestranze portuali raggruppate nelle compagnie (art. 110 cod. nav.). Queste ultime, peraltro, posso-

marina mercantile e dal suo regolamento di esecuzione si rinvengono anche nella disciplina della concessione dei beni demaniali, applicabile indipendentemente dalla funzione (portuale o non portuale) che essi presentino.

Tutti i beni demaniali marittimi possono essere oggetto di concessione “anche esclusiva” ai sensi dell’art. 36 Cod. nav., a condizione che la stessa sia compatibile con un “pubblico uso” che la norma (a differenza degli artt. 33, 35 e 42 Cod. nav.) non riferisce al mare, ma al demanio in sé e per sé considerato.

La destinazione che il concessionario intende imprimere al bene sembra assumere rilievo, anche nell’ambito della nuova codificazione, solo in presenza di una pluralità di aspiranti: in questa ipotesi, infatti, l’art. 37 fissa come criterio di preferenza, da un lato, la consistenza dell’utilità (la “proficua” utilizzazione) che ciascuno di essi intende trarre dalla concessione e, dall’altro, la rispondenza di quest’ultima “ad un più rilevante interesse [non più “locale”, come già previsto dall’art. 770 Reg. esec. cod. mar. merc., ma genericamente] pubblico”.

Un titolo di preferenza si riconosce, tuttavia, anche al precedente titolare della concessione: dapprima limitatamente alle concessioni infra-biennali, successivamente a quelle infra-quadriennali<sup>34</sup>.

Quando il concessionario, alla scadenza, faccia richiesta di rinnovo della concessione, allo stesso è infatti riconosciuto il c.d. diritto di insistenza, il quale è però ritenuto cedevole a fronte della presentazione di altre domande che l’Amministrazione reputi più meritevoli<sup>35</sup> (per la garanzia di proficua utilizzazione offerta o per il rilievo dell’interesse pubblico che siano idonee a soddisfare)<sup>36</sup>.

Di questo quadro normativo, che tratteggia in modo tanto sintetico e vago il rapporto tra uso generale e uso eccezionale, la dottrina della proprietà pubblica soggettiva, ormai affermatasi come dominante, propone

no a propria volta essere (e nella gran parte dei casi sono) titolari in via diretta (art. 111, c. II, cod. nav.) di concessioni per lo svolgimento di operazioni per conto terzi.

<sup>34</sup> L’art. 3, c. 2, d.p.R. 13 luglio 1954, n. 747 ha così esteso la durata massima delle concessioni da rilasciarsi “con licenza”, al cui titolare è riconosciuto il c.d. diritto di insistenza.

<sup>35</sup> Cfr. D. GAETA, *op. cit.*, 175 e giurisprudenza ivi citata.

<sup>36</sup> In concreto, il diritto di insistenza è però raramente esposto a un tale rischio. L’art. 18 Regol. cod. nav., infatti, impone la pubblicazione delle sole istanze relative a concessioni “di particolare importanza per l’entità o per lo scopo”, ambito dal quale le licenze sono tendenzialmente escluse; e poiché è la pubblicazione della domanda l’evenienza che consente in concreto la presentazione di osservazioni, opposizioni e, appunto, di domande concorrenti da parte di terzi, il diritto di insistenza è in grado, nei fatti, di assumere una portata generale e reiterata.

un'interpretazione tutta orientata a valorizzare l'interesse pubblico che può essere perseguito mediante l'impiego di poteri concessori. E così, sottolineando come la concessione debba essere "sempre rilasciata per la soddisfazione di un interesse pubblico per il raggiungimento di fini di carattere generale", si giunge a convogliare nella categoria di tali fini gli interessi più vari: "l'agevolazione dell'industria cantieristica, l'incremento o la facilitazione del traffico marittimo, lo sviluppo del turismo o solamente l'interesse pubblico a non lasciare i beni privi di una proficua utilizzazione"<sup>37</sup>.

Per converso, il limite esterno al potere concessorio, rappresentato dalla compatibilità col "pubblico uso", si presta ora alla più restrittiva tra le interpretazioni: esso non è che uno fra i tanti interessi pubblici e può, dunque, ben recedere a fronte di altre opportunità riferibili all'iniziativa di un aspirante concessionario, se ritenute dall'Amministrazione di maggior rilievo. Il fatto che, stando alla lettera dell'art. 36 Cod. nav., l'apertura all'uso generale non possa comunque essere integralmente soppressa, non è di grande ostacolo a tale impostazione: l'Amministrazione non dovrà accertare il rischio di una siffatta evenienza con riguardo al singolo bene, ma "ad una più ampia zona del demanio marittimo così che non possa essere escluso l'uso riservato di un bene quando l'uso pubblico sia esercitabile su opere similari situate negli spazi limitrofi"<sup>38</sup>.

Si ammette, così, espressamente che la pretermissione dell'uso generale dei beni demaniali possa essere giustificata a fronte del rilascio di concessioni di vasta estensione e di lunga durata che non sono funzionali nemmeno a pubblici usi *del mare*: è il caso delle concessioni di porti e impianti turistici e da diporto nautico. Di queste ultime, immediatamente destinate a soddisfare interessi come il turismo o lo sport, si enfatizza la funzionalità anche (e soprattutto) rispetto a interessi "pubblici" quali il sostegno alla cantieristica navale minore: un interesse che ben può preva-

<sup>37</sup> Così D. GAETA, *op. cit.*, 140. Sull'inerenza anche dell'uso eccezionale dei beni pubblici a finalità di interesse pubblico v. A.M. SANDULLI, *Spunti per lo studio dei beni privati di interesse pubblico*, in *Il diritto dell'economia*, 1956, 163 ss.

<sup>38</sup> L. ACQUARONE, *La concessione di porti e impianti portuali per il naviglio da diporto*, in AA.VV. *Scritti in onore di Mario Casanova*, Milano 1971, 69 e 73. Altra parte della dottrina, di contro, avverte nella disciplina della materia il rischio di una sostanziale privatizzazione della costa: cfr. N. GRECO, *Considerazioni per una politica legislativa sui porti turistici*, in *Rivista del diritto della navigazione*, 1969, 298 ss.; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Interventi e interessi pubblici e privati sulla costruzione e gestione di porti turistici*, Napoli 1968; V. VALLARIO, *Marina: la realizzazione economico-amministrativa dei porti turistici*, Milano 1970.

lere sulla destinazione normale, sulla base di una valutazione discrezionale dell'autorità concedente<sup>39</sup>.

A questa impostazione è riconducibile la politica adottata dal Governo, nel silenzio della legge, proprio in materia di rilascio di concessioni di costruzione e gestione di porti e impianti portuali turistici che prende avvio negli anni '70: la nota circolare Mannironi<sup>40</sup> riconosce espressamente che "chiunque vi abbia interesse" possa richiedere la concessione di aree del demanio marittimo e del mare territoriale "nei punti adatti del litorale" per realizzare e gestire, a propria cura e spese, approdi turistici, vale a dire, nella terminologia impiegata in sede ministeriale, strutture portuali atte alla ricezione, al ricovero e al rimessaggio di imbarcazioni di privati per il diporto nautico. E se pure, nella citata circolare, è presente un timido accenno all'opportunità di una previa pianificazione del litorale<sup>41</sup>, l'impostazione che diverrà dominante ne sminuisce il rilievo: "l'auspicio che sia predisposto un programma dei porti turistici e delle opere portuali per il naviglio da diporto non significa peraltro adesione alla tesi [...] a tenore della quale dovrebbe soprassedersi alla realizzazione di ogni impianto del genere nell'attesa di tale provvedimento di pianificazione"<sup>42</sup>.

### 3. *La riflessione su pianificazione urbanistica e demanio marittimo nell'epoca dell'attuazione dell'ordinamento regionale*

È noto che un nuovo stimolo per la riflessione sugli usi e sulle fun-

<sup>39</sup> L. ACQUARONE, *loc. cit.*

<sup>40</sup> Direzione generale del demanio marittimo e dei porti presso il Ministero per la Marina mercantile, Circolare 28 luglio 1970, n. 08995, avente a oggetto "Costruzione di approdi turistici da gestire con criteri economici".

<sup>41</sup> La circolare Mannironi, al secondo punto del preambolo, precisava che la "necessità della salvaguardia del paesaggio e degli interessi urbanistici è un presupposto di fondamentale importanza ai fini della disciplina dell'uso del territorio lungo la linea del litorale"; e auspicava, al punto successivo, l'istituzione presso il Ministero di una commissione competente a studiare "sul piano generale, la ricerca e la scelta della localizzazione dei poli di sviluppo turistico lungo il litorale, tenuto conto della difesa dei valori ambientali e della pianificazione urbanistica".

<sup>42</sup> L. ACQUARONE, *op. cit.*, 158. L'Autore sottolinea che "l'urgenza con la quale i problemi della nautica da diporto chiedono di essere risolti e le difficoltà proprie delle complesse valutazioni programmatiche, tali da non legittimare la previsione di tempi brevi per la predisposizione e la approvazione del programma in argomento, inducono congiuntamente a ritenere l'opportunità di istituire e decidere le pratiche di concessione man mano che esse saranno presentate [...]"

zioni del demanio marittimo sia sorto a seguito della frammentazione delle competenze amministrative prodotta dalla legislazione che ha preso avvio dalla fine degli anni '60.

In un periodo storico contraddistinto da una rapidissima proliferazione delle modalità di sfruttamento economico del litorale, infatti, l'inclusione della costa all'interno del territorio oggetto della pianificazione urbanistica comunale<sup>43</sup>, da un lato, e la successiva delega alle Regioni del complesso di funzioni amministrative esercitabili sul demanio marittimo destinato a un'utilizzazione turistica o ricreativa<sup>44</sup>, dall'altro, hanno imposto di ricercare una più appagante sistemazione alla materia<sup>45</sup>.

La dottrina ha così, innanzitutto, provato a definire una linea di confine (o un possibile raccordo) tra il territorio oggetto della pianificazione comunale (ora soggetta al potere di approvazione regionale<sup>46</sup>) e le porzioni di demanio marittimo che una pianificazione (speciale) avevano già, vale a dire le circoscrizioni degli enti portuali, la cui conformazione era determinata da piani regolatori portuali emanati sulla base delle rispettive leggi istitutive e approvati in sede ministeriale<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> La legge 6 agosto 1967, n. 765, com'è noto, inserisce formalmente il demanio marittimo nel possibile oggetto della pianificazione urbanistica, includendo le opere marittime tra quelle oggetto dell'accertamento previsto dall'art. 29 della legge urbanistica del 1942, e prevede l'obbligatorietà della licenza del sindaco per le opere da costruirsi da privati su aree demaniali (art. 31, cc. II e III, l. n. 1150/1942, come sostituito dall'art. 10 cit.).

<sup>44</sup> Art. 59, c. 1, d.p.R. 24 luglio 1977, n. 616, che esclude dalla delega le sole aree "di preminente interesse nazionale in relazione agli interessi della sicurezza dello Stato e alle esigenze della navigazione marittima", da individuarsi con decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri, per la cui adozione il comma 2 dell'art. 59 fissava il termine del 31 dicembre 1978. Tale provvedimento è stato emanato con un ritardo di diciassette anni (d.p.c.m. 21.12.1995: v. *infra*, § 5). Fino a questa data, il termine originario del 31 dicembre 1978 è stato reiteratamente prorogato, in forza di decreti legge, dei quali solo alcuni convertiti, fino al d.l. n. 535 del 21 ottobre 1996 (convertito in l. n. 647 del 23 dicembre 1996) con il quale sono stati fatti salvi (art. 2) gli effetti prodotti dalla precedente decretazione d'urgenza.

<sup>45</sup> Si vedano fra tutti A. D'AMICO CERVETTI, *Demanio marittimo e assetto del territorio*, Milano 1983; N. GRECO, *Proprietà pubblica e gestione delle coste*, Roma 1973; V. VALLARIO, *Il demanio marittimo*, Milano 1977; N. GRECO, B. MURRONI, *Demanio marittimo, zone costiere, assetto del territorio*, Bologna 1980; V. CAIANIELLO, *Pianificazione portuale e pianificazione urbanistica: strumenti giuridici di coordinamento*, in *Porti mare territorio*, 3/1986, 108 ss.

<sup>46</sup> Art. 1 d.p.R. 15 gennaio 1972, n. 8 e poi art. 79 d.p.R. n. 616/1977 cit.. Sulla rilevanza, in materia, della l. n. 10 del 28 gennaio 1977 sulla edificabilità dei suoli cfr. C. ANGELONE, *Piani regolatori portuali e strumenti urbanistici: coesistenza di funzioni*, in *Il Diritto Marittimo*, II/2007, 442 ss.

<sup>47</sup> In argomento cfr. M. CASANOVA, *Gli enti portuali*, Milano 1971; G. SIRIANNI, *L'ordinamento portuale*, Milano 1981; v. anche M. RAGUSA, *op. cit.*, 36 ss. e 51 ss.

Gli enti portuali sono enti pubblici economici la cui ‘azienda’ è costituita, per buona parte, da risorse del demanio marittimo: le modalità di fruizione di tali risorse, la trasformazione che a esse può essere impressa sulla base della strategia imprenditoriale degli enti stessi e gli effetti che tali scelte sono in grado di produrre sull’assetto e sulla fruizione del territorio cittadino extra-portuale sono tutti aspetti di diretto interesse per la pianificazione urbanistica<sup>48</sup>.

È vero che, sotto questo profilo, il problema può apparire, con riferimento alla fase storica in esame, non direttamente (o almeno non esclusivamente) inerente all’esercizio dei poteri concessori, i quali solo in parte rappresentano lo strumento mediante il quale gli enti gestiscono l’infrastruttura. Ma è anche vero, da un lato, che le nuove teorizzazioni in materia di beni pubblici, sorte all’indomani della Costituzione repubblicana e talora impennate su di essa, consentono di assimilare la stessa posizione dell’ente portuale a quella di un concessionario<sup>49</sup> e, sotto altro aspetto, è indubbio che il problema della pianificazione portuale si porrà negli stessi termini teorici (e con un’acuita intensità) allorché proprio alla concessione sarà affidato il ruolo centrale nella gestione dello spazio e dell’attività dei principali scali marittimi italiani (v. *infra*, 4).

Non minori difficoltà ha poi incontrato la dottrina nel tentativo di definire l’ampiezza dei poteri di pianificazione comunale al di fuori del territorio portuale, dove essi non fronteggiavano alcuna pianificazione speciale, ma esclusivamente l’amplissima discrezionalità dell’Amministrazione marittima in sede di esercizio dei poteri concessori.

Gli Autori hanno messo in luce, a questo proposito, come lo strumento ideato dalla “Legge Ponte” per armonizzare con le previsioni urbanistiche le opere incidenti sul demanio marittimo – cioè la soggezione degli interventi su aree demaniali dei privati già titolari di concessione marittima al potere autorizzatorio comunale – dimostrasse una “visione del legislatore [...] ancorata a schemi superati”, non tenendo “nel debito conto problematiche non controllabili attraverso l’istituto della licenza edilizia o della concessione demaniale marittima”<sup>50</sup>.

Tali problematiche, rappresentate dalla moltiplicazione delle forme di utilizzazione della costa<sup>51</sup>, sono peraltro acuite dal valore rivelato, in

<sup>48</sup> G. PERICU, *Porto (Navigazione marittima)*, in *Enciclopedia del diritto*, 1985, 430 ss.; A. D’AMICO CERVETTI, *op. cit.*, 67 ss.

<sup>49</sup> M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma 1963, 113.

<sup>50</sup> A. D’AMICO CERVETTI, *op. cit.*, 204.

<sup>51</sup> È questa l’angolatura anche dell’analisi di M.L. CORBINO, *op. cit.*, *passim*.

progresso di tempo, da una vocazione ‘non funzionale’ dei beni costieri, cioè dalla crescente importanza della tutela del paesaggio e dell’ambiente, interessi che possono rinvenire nella revisione della teoria del demanio (e nella rivalutazione della “teorizzazione dell’uso collettivo”<sup>52</sup>) un efficace strumento di protezione.

Le critiche della dottrina, tradottesi per buona parte in proposte *de iure condendo*, sono state dichiaratamente animate dai timori suscitati dal d.p.R. n. 616/1977: nell’attribuzione alle Regioni delle “funzioni amministrative sul litorale marittimo, sulle aree demaniali immediatamente prospicienti, sulle aree del demanio lacuale e fluviale, quando l’utilizzazione prevista abbia finalità turistiche e ricreative”, si è infatti avvertito il rischio che, distribuita tra una molteplicità di centri decisionali, la potestà concessoria avesse un’occasione in più di tradursi in mere valutazioni estemporanee, espressione di libertà negoziale, anziché di discrezionalità amministrativa.

Per ricondurre gli usi (pubblici o particolari) a un ordine che rifletta la natura dei beni che ne sono oggetto, la dottrina ha così proposto l’adozione di forme di pianificazione unitaria del demanio marittimo e di una programmazione delle sue modalità di fruizione, evidenziando come, da un lato, soltanto in sede pianificatoria possa apprezzarsi la “compatibilità” della concessione di un’area con la destinazione normale (l’uso generale) della categoria a cui questa appartiene e, dall’altro, come solo su tale ampia scala possa valutarsi l’effettiva corrispondenza dell’iniziativa del concessionario a un interesse pubblico<sup>53</sup>.

#### 4. *Il demanio marittimo tra demanio portuale e demanio costiero: a) i poteri concessori delle autorità portuali e delle autorità di sistema portuale (cenni)*

Si è già accennato al fatto che la biforcazione di disciplina ormai netta tra la componente portuale e quella non portuale (o “costiera”<sup>54</sup>) del demanio marittimo, implicita anche nei limiti entro i quali il d.p.R. n. 616/1977 aveva disposto il trasferimento di funzioni in favore delle Re-

<sup>52</sup> A. D’AMICO CERVETTI, *op. cit.*, 24.

<sup>53</sup> *Ivi*, 254 ss.

<sup>54</sup> Di recente chiarisce i termini della distinzione tra demanio portuale e demanio costiero F. FRANCARIO, *op. cit.*

gioni, si sia tradotta, sin dall'inizio del '900, anche in una duplicità di modelli di disciplina dei poteri concessori.

Il primo era un modello frammentario, ricostruibile dall'analisi di tante leggi speciali quanti erano gli enti portuali; il secondo, invece, era il modello unitario descritto dal Codice della navigazione e dal suo Regolamento, la cui sostanziale evanescenza ha però prodotto, nella concreta esperienza, un'applicazione non meno disorganica e puntiforme, di cui il confuso proliferare di porti e approdi turistici e da diporto è stato probabilmente il più evidente emblema.

Con riferimento al primo dei due modelli è qui importante chiarire che, benché gli enti portuali potessero genericamente ritenersi deputati al perseguimento di una medesima *funzione* (e sull'analisi di una "funzione portuale" si concentra, in effetti, la scienza giuridica fino al momento della loro soppressione<sup>55</sup>), le funzioni dei porti nazionali erano in realtà molteplici e diversissime, non soltanto se si consideri la netta distinzione che può tracciarsi tra porti industriali e porti commerciali, ma anche qualora ci si limiti all'osservazione di questi ultimi, le cui strategie imprenditoriali possono rivolgersi a diversi tipi di traffico marittimo, richiedere proiezioni alternative sul versante terrestre, tradursi in differenti modalità di impiego (e di trasformazione) dei beni demaniali<sup>56</sup>.

Quanto alla natura di queste funzioni, la tesi dominante secondo cui esse possono essere indistintamente considerate come attività di interesse pubblico<sup>57</sup> è stata smentita dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee all'inizio degli anni '90<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> G. FALZEA, *Porto e funzione portuale*, Milano 1998.

<sup>56</sup> Sulla molteplicità delle funzioni portuali, fondamentali i contributi di F. BENVENUTI, *op. cit.*, 154 ss.; ID., *Ordinamento giuridico dei porti, con particolare riguardo a quelli industriali*, in *Mondo economico*, XIX, 1964, 223 ss. (ora in ID., *Scritti giuridici*, cit., 2321 ss.); ID., *La disciplina degli enti portuali e il Provveditorato al Porto di Venezia*, in *Rivista di diritto della navigazione*, 1/1959 (ora in ID., *Scritti giuridici*, cit., 2273 ss.); ID., *Intervento*, in *Ordinamento portuale e sviluppo dell'economia. Atti della tavola rotonda presso la C.C.I.A.A. di Milano*, Milano 1964, 13. Per una sintesi degli effetti della containerizzazione dei traffici marittimi sulla fisionomia giuridica dei porti commerciali, cfr. M. RAGUSA, *op. cit.*, 129 ss. e ID., *La costa, la città e il porto. Il coordinamento tra pianificazione urbanistica e portuale nei porti di interesse nazionale e internazionale*, in M.R. SPASIANO (a cura di), *Il sistema portuale italiano tra funzione pubblica, liberalizzazione ed esigenze di sviluppo*, Napoli 2013, 393 ss., per i profili di interesse urbanistico della rivoluzione intermodale.

<sup>57</sup> Per una esposizione della tesi che riconnette la natura pubblica delle funzioni alla natura pubblica dei beni cfr. GUICCIARDI, *Problemi giuridici attuali dell'attività portuale*, cit., *passim*.

<sup>58</sup> Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 10 dicembre 1991, causa

L'effetto della decisione *Merci*, com'è noto, è stata la radicale modifica della normativa italiana in materia portuale, con l'adozione di una legge generale che ha introdotto un unico modello di gestione per i maggiori porti italiani, ispirato allo schema della *Landlord Port Authority*<sup>59</sup>.

Le autorità portuali istituite dalla l. n. 84/1994, come i vecchi enti portuali, sono state preposte alla gestione delle risorse demaniali e, in generale, delle infrastrutture portuali ricadenti nelle rispettive circoscrizioni, ma nei loro confronti la legge ha posto un radicale divieto di esercitare i servizi che costituiscono il *core business* di un porto, vale a dire le operazioni portuali (carico, scarico, trasbordo e movimentazione delle merci)<sup>60</sup>.

C-179/90, *Merci convenzionali Porto di Genova c. Siderurgica Gabrielli* (d'ora innanzi, nel testo, anche "Merce"). Tra i commenti alla decisione v. C. BRUSCO, *Imprese e compagnie portuali alla luce delle norme comunitarie*, in *Foro italiano*, 1992, IV, 226 ss.; F. MACARIO, *Autoproduzione di servizi e tramonto dei monopoli fra normativa comunitaria e disciplina «antitrust»: la vicenda delle compagnie portuali*, *ibidem*, 229 ss.; F. MUNARI, *Compagnie portuali, imprese concessionarie e operazioni di imbarco e sbarco: il diritto comunitario e la Corte di giustizia*, in *Il Diritto marittimo*, 1991, 1129 s.; C. MEDINA, *Le norme del codice della navigazione sul monopolio delle compagnie portuali e sull'esercizio da parte di imprese di operazioni portuali per conto terzi alla luce dei principi fondamentali del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea: il giudizio della Corte del Lussemburgo*, *ibidem*, 1992, 677 ss.; F. LAURIA, *Riserva ex art. 110 CdN e responsabilità dello Stato italiano*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1992, 927 ss.; F. MACRÌ, *Diritto di autoproduzione e servizi tecnico-nautici ancillari alla navigazione: alcune riflessioni ricostruttive*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2002, 641 ss. Per il ruolo della pronuncia nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia v. S.M. CARBONE, F. MUNARI, *La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano 2006, 201 ss.; V.J.G. POWER, *European Union Seaport Law: The General Principles of European Seaport Law*, in E. VAN HOOYDONK (Ed.), *European Seaport Law. EU Law of Ports and Port Services and the Ports Package*, Antwerpen 2003, 42 ss.; E. VAN HOOYDONK, *The Regime of Port Authorities Under European Law Including an Analysis of the Port Services Directive*, *ibid.*, 95 ss.; M. RAGUSA, *Porto e poteri pubblici*, cit., 213, ss.

<sup>59</sup> Sul tema cfr. S.M. CARBONE, F. MUNARI, *La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno*, cit., 137 ss.; M. CALABRÒ, *Il controverso inquadramento giuridico delle Autorità Portuali*, in *Foro amm.* – TAR, 2011, 2946 ss.; M. RAGUSA, *Porto e poteri pubblici*, cit., 324 ss.; ID., *Una nuova fisionomia giuridica per i gestori dei porti italiani. O forse due? Sulla distanza di approccio tra il d.lgs. n. 169 del 2016 e il Regolamento (Ue) n. 2017/352*, in questa Rivista, 2/2017, 223 ss.

<sup>60</sup> Ai sensi dell'art. 6, c. 6, del testo originario della l. 28 gennaio 1994, n. 84, "Le autorità portuali non possono in alcun caso, né direttamente né attraverso la costituzione o la partecipazione in società, esercitare la gestione delle operazioni portuali di cui all'art. 16, comma 1, e di ogni altra attività strettamente connessa". Il vigente art. 6 della legge, dispone ora al comma 11, che le autorità di sistema portuale "non possono svolgere, né direttamente né tramite società partecipate, operazioni portuali e attività ad esse strettamente connesse".

A far data dall'emanazione della legge n. 84/1994, pertanto, può ben dirsi che la concessione sia divenuta lo strumento cardine nella gestione dell'infrastruttura portuale: ai sensi dell'art. 16, le operazioni portuali sono svolte, in regime di autorizzazione, da imprese private, alle quali l'autorità portuale può concedere l'uso esclusivo di aree e banchine (art. 18), concessione indispensabile per l'esercizio dell'attività di un terminalista, cioè da un'impresa che svolga l'intero ciclo delle stesse operazioni<sup>61</sup>.

Nell'impianto originario della riforma, sono presenti tre strumenti idonei, in astratto, ad arginare e orientare la potestà concessoria delle autorità portuali: una classificazione degli scali non più ancorata a criteri meramente dimensionali, ma anche funzionali (art. 4); l'assoggettamento dell'intero ambito portuale a un piano regolatore (PRP), che non può contrastare con gli strumenti urbanistici vigenti (e per la cui adozione occorre, tra l'altro, acquisire l'intesa del comune nel cui territorio ricade il porto: art. 5)<sup>62</sup>; infine, il vincolo rappresentato, tanto per il potere ministeriale di classificazione dei porti, quanto per la pianificazione portuale, dagli obiettivi definiti dal Piano Generale dei Trasporti (art. 1 l. n. 84/1994)<sup>63</sup>.

Per quanto attiene alle modalità di esercizio dei poteri concessori, l'art. 18 demanda a un decreto ministeriale l'adozione di una disciplina di dettaglio relativa alle forme di pubblicità dei procedimenti di affidamento, al "rinnovo della concessione ovvero [alla] cessione degli impianti a nuovo concessionario", alla determinazione dei canoni, ai criteri impiegabili per l'individuazione di spazi da riservare allo svolgimento delle operazioni portuali da parte di imprese non concessionarie; mediante lo stesso decreto, il Ministero è stato incaricato di adeguare "la disciplina relativa alle concessioni di aree e banchine alle normative comunitarie".

Sta di fatto che non solo tale disciplina ministeriale non è mai stata adottata, ma nessuna normativa derivata di diritto europeo è fino a oggi intervenuta ad armonizzare quelle nazionali in materia di operazioni portuali (e di concessioni di aree necessarie al loro svolgimento).

A questo proposito, occorre evidenziare innanzitutto che le concessioni *ex art. 18* sono escluse, almeno nella loro essenziale configurazione

<sup>61</sup> In argomento S.M. CARBONE, F. MUNARI, *I porti italiani e l'Europa. Un'analisi delle regole, della giurisprudenza e della prassi amministrativa per operatori pubblici e privati*, Milano 2019, 185 ss.

<sup>62</sup> Cfr. M. RAGUSA, *La costa, la città e il porto*, cit.

<sup>63</sup> Sul rapporto tra attività portuale, pianificazione portuale, classificazione dei porti e Piano generale dei trasporti v. ampiamente M. RAGUSA, *Porto e poteri pubblici*, cit., 135 ss.

di rapporti attivi, dall'ambito di applicazione delle direttive in materia di appalti e concessioni; e che, allo stesso modo, esse sfuggono all'applicazione della direttiva Bolkestein, per una espressa esclusione in essa contenuta<sup>64</sup>.

La giurisprudenza domestica ha così sopperito al vuoto normativo, talora impiegando la scarna disciplina dettata dal codice della navigazione (artt. 36 ss.) e al relativo Regolamento (artt. 5 ss.), alla quale è stata offerta una ondivaga lettura, dichiaratamente orientata ai principi in materia di concorrenza e di libera circolazione di merci e servizi (attingendo alla cornice giuridica generale descritta dal Trattato, agli indirizzi specificamente espressi in materia portuale dalla Commissione mediante provvedimenti di *soft law* o a quelli promananti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia)<sup>65</sup>.

Il più vistoso punto di frizione, sotto questo aspetto, tra il diritto italiano e l'ordinamento europeo è relativo alla natura della concessione: quello che la dottrina e la giurisprudenza domestiche qualificano come un provvedimento funzionale alla regolazione condizionale del mercato delle operazioni portuali, nella lettura delle istituzioni europee è, al contrario, nient'altro che una locazione di infrastrutture e rappresenta l'oggetto dell'attività di impresa esercitata dalle autorità<sup>66</sup>. Mediante la concessione, in questa seconda prospettiva, l'ente gestore non esercita funzioni regolatorie, ma persegue la propria "strategia commerciale"<sup>67</sup>.

La giustificazione di questa opposta qualificazione dell'attività di gestione portuale può essere, almeno in parte, ricercata nel fatto che gli strumenti escogitati dalla legge n. 84/1994 per limitare e indirizzare i poteri delle autorità portuali si siano tutti contraddistinti per una sostanziale ineffettività: il decreto di classificazione dei porti non è mai stato adottato, pochissimi scali del Paese hanno adottato un PRP, il PGT – 'paralizzato' (proprio nel momento del suo *upgrade* in Piano generale

<sup>64</sup> Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, Considerando n. 21 e art. 2, c. 1, lett. d).

<sup>65</sup> Per un quadro della disciplina applicabile alla materia, su cui da ultimo è intervenuta anche l'Autorità di regolazione dei trasporti (deliberazione del 30 maggio 2018, n. 57), e sulle sue applicazioni giurisprudenziali v. M. RAGUSA, *Sezione IV – Porti*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici – IV. Esecuzione – Settori Speciali – Appalti con regimi speciali*, Milano 2019, 557 ss.

<sup>66</sup> Per una ricostruzione del dibattito e del ruolo che gioca al suo interno la qualificazione demaniale del porto v. M. RAGUSA, *Porto e poteri pubblici*, cit., 296 ss.

<sup>67</sup> Comunicazione della Commissione europea del 18 ottobre 2007, COM (2007) 616 def., "Comunicazione su una politica europea dei porti".

dei Trasporti e della Logistica-PGTL) dall'entrata in vigore della "Legge Obiettivo" – è ritornato soltanto da pochi anni (in una rinnovata e rafforzata veste strutturale e funzionale) al centro della disciplina delle infrastrutture prioritarie per lo sviluppo del paese. Il 'nuovo' PGTL, tuttavia, non ha ancora visto la luce<sup>68</sup>.

A fronte di questo vuoto pianificatorio, attribuire natura non economica alle autorità portuali e alla loro attività (inclusa la potestà concessoria) è l'unico argomento a cui dottrina e giurisprudenza possono fare ricorso per negare che i poteri di gestione di uno scalo (e del demanio marittimo che ne è la componente infrastrutturale) siano sostanzialmente liberi nell'individuazione dei propri fini e nella scelta degli strumenti per perseguirli.

Non è questa la sede per affrontare approfonditamente il tema, se non altro perché le concessioni *ex art.* 18 l. n. 84/1994, pur rientrando come *species* nel *genus* delle concessioni di demanio marittimo, sono escluse, come già evidenziato, dall'ambito di applicazione della Direttiva 2006/123/CE.

L'opportunità di fare almeno un cenno all'argomento deriva, tuttavia, in primo luogo dal fatto che il modello sistematico posto dall'Adunanza Plenaria a fondamento delle decisioni n. 17 e n. 18 del 2021, se non incide sull'indirizzo interpretativo ormai consolidato in materia di concessioni del demanio costiero, sembra, di contro, presupporre un *revirement* dell'orientamento relativo alla qualificazione non economica delle autorità portuali e delle attività da esse svolte<sup>69</sup>.

<sup>68</sup> Oltre a M. RAGUSA, *Porto e poteri pubblici*, cit., 172 ss., v. più di recente, in argomento, ID., *Sulla rilevanza dei piani regolatori dei porti (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 28 dicembre 2020 n. 8356)*, in *giustiziainsieme.it*, 10 marzo 2021.

<sup>69</sup> Le sentenze dell'Adunanza plenaria n. 17 e n. 18 del 2021 rilevano infatti, al par. 24, che la "decisione della Commissione 4 dicembre 2020 relativa al regime di aiuti SA. 38399 2019/C (ex 2018/E) "Tassazione dei porti in Italia" contiene l'affermazione per cui "la locazione di proprietà demaniali dietro il pagamento di un corrispettivo costituisce un'attività economica". È allora evidente che il provvedimento che riserva in via esclusiva un'area demaniale (marittima, lacuale o fluviale) ad un operatore economico, consentendo a quest'ultimo di utilizzarlo come *asset* aziendale e di svolgere, grazie ad esso, un'attività d'impresa erogando servizi turistico-ricreativi va considerato, nell'ottica della direttiva 2006/123, un'autorizzazione di servizi contingentata e, come tale, da sottoporre alla procedura di gara". Al di là della (scontata) soggezione (anche) delle concessioni portuali ai principi di trasparenza e non discriminazione, il richiamo alla citata decisione della Commissione sembrerebbe attestare l'adesione del Consiglio di Stato ai presupposti del provvedimento, cioè alla qualificazione in termini economici della natura degli enti di gestione dei porti e della loro attività.

In secondo luogo, sarebbe errato ritenere la materia delle concessioni rientranti nella competenza delle autorità portuali (e delle autorità di sistema portuale che ne hanno preso il posto a far data dal 2016<sup>70</sup>) integralmente estranea all'ambito delle concessioni demaniali costiere, che qui più interessa. Se, infatti, nell'impianto originario della legge n. 84/1994, i beni del demanio marittimo privi di una funzione portuale di interesse nazionale o internazionale sembravano dover rimanere escluse dalla circoscrizione delle autorità portuali (art. 6, cc. 1 e 7, e art. 20, c. 5)<sup>71</sup>, le modifiche apportate alla stessa legge, in progresso di tempo, hanno consentito di assoggettare alla gestione delle stesse autorità (e alla loro potestà concessoria) anche risorse costiere dalle più varie vocazioni: da porti e approdi turistici e da diporto nautico ad aree concesse a imprese di ristorazione o a enti che offrono al pubblico (non soltanto all'utenza portuale) servizi culturali e ricreativi<sup>72</sup>.

In relazione all'amministrazione di beni demaniali marittimi non destinati all'erogazione di servizi portuali, la Corte di Giustizia ha ammesso, implicitamente, che le funzioni delle autorità portuali italiane possano essere assimilate a "poteri coercitivi nei confronti dei cittadini e che [sembrino] essere [esercitate] non solo nell'interesse della stessa autorità portuale ma anche nell'interesse della comunità"<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> Sul mutamento di *governance* introdotto dal d.lgs. 4 agosto 2016, n. 169, v. S.M. CARBONE, F. MUNARI, *I porti italiani e l'Europa*, cit. 101 ss.; M. RAGUSA, *Porto e poteri pubblici*, cit., 205 ss.

<sup>71</sup> In questo senso v. Consiglio di Stato, sez. II, parere del 25 giugno 2003, reso su ricorso straordinario n. 1540/1995, presentato dal Comune di Palermo e deciso con d.p.R. del 10 febbraio 2005.

<sup>72</sup> A seguito delle modifiche introdotte dall'art. 2, c. 1, lett. *f*), d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 232, l'art. 6, c. 4, lett. *e*), l. n. 84/1994 attribuisce alle Autorità di sistema portuale la "amministrazione in via esclusiva delle aree e dei beni del demanio marittimo ricompresi nella propria circoscrizione, in forza di quanto previsto dalla presente legge e dal codice della navigazione, fatte salve le eventuali competenze regionali e la legislazione speciale per la salvaguardia di Venezia e della sua laguna. Per la gestione delle attività inerenti le funzioni sul demanio marittimo le Autorità di sistema portuale si avvalgono del Sistema informativo del demanio marittimo (S.I.D.)."

<sup>73</sup> Così le conclusioni presentate il 5 giugno 2014 dall'Avvocato generale Wahl nella causa C-270/13 (*Haralambidis c. Casilli e altri*, decisa dalla Corte di Giustizia con sentenza del 10 settembre 2014): "Mi riferisco, in primo luogo, al potere, conferito dagli articoli 54 e 55 del codice della navigazione italiano (al quale rinvia l'articolo 8, comma 3, lettera h) della legge n. 84/1994), di adottare un ordine che ingiunga a una persona, che abbia occupato abusivamente una zona del demanio marittimo dello Stato, di ripristinare lo status quo entro un termine stabilito e, in caso di mancata esecuzione di detto ordine, di provvedere a tale ripristino ex officio, a spese del contravventore. In secondo luogo, mi riferisco al compito di assicurare la navigabilità nell'ambito portuale e i lavori di escavazione e manu-

Qualora tali beni siano oggetto di concessione, tuttavia, quest'ultima (estranea al paradigma dell'art. 18 l. n. 84/1994, ma rientrante nel perimetro di applicazione dell'art. 36 Cod. nav.) dovrà essere qualificata come un'autorizzazione alla prestazione di servizi che, privi di funzione "portuale", rientrano a pieno titolo tra quelli oggetto della direttiva Bolkestein.

Per le risorse costiere in parola, insomma, il problema del rapporto tra demanio marittimo e concessione si pone, almeno in parte, come per tutti beni demaniali marittimi non soggetti all'amministrazione di un'autorità portuale. Anche di queste risorse, pertanto, si terrà conto nell'analisi svolta al seguente paragrafo.

5. *Il demanio marittimo tra demanio portuale e demanio costiero: b) il d.l. n. 400/1993 e la pianificazione degli usi*

Nel corso degli anni '90, la disciplina del demanio marittimo "costiero" è stata oggetto di modifiche differenti, ma di non minore rilievo rispetto a quelle apportate all'ordinamento portuale.

A seguito della fissazione di una *deadline* da parte dell'art. 6, c. 1, del d.l. n. 400/1993<sup>74</sup>, il già citato d.p.c.m. 21.12.1995 ha finalmente identificato le aree demaniali marittime escluse della delega alle regioni ai sensi dell'art. 59 del d.p.R. n. 616/1977<sup>75</sup>: esclusione in difetto della quale la giurisprudenza amministrativa e costituzionale aveva negato l'immediata applicabilità della delega stessa<sup>76</sup>.

tenzione del fondale marino riguardo al quale il presidente di un'autorità portuale gode del potere di adottare, nei casi indifferibili di necessità e di urgenza, provvedimenti di carattere coattivo". È appena il caso di ricordare che l'esistenza di tali funzioni, per l'accessorietà e la marginalità rispetto ai compiti dell'autorità portuale, non ha impedito la qualificazione di quest'ultima in termini di impresa: v. la decisione ai paragrafi 57 e 58.

<sup>74</sup> Ai sensi dell'art. 6, c. 1, del d.l. 5 ottobre 1993, n. 400, convertito con modificazioni dalla l. 4 dicembre 1993, n. 494, "Ove, entro un anno dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, il Governo non abbia provveduto agli adempimenti necessari a rendere effettiva la delega delle funzioni amministrative alle regioni, ai sensi dell'art. 59 del decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616, queste sono comunque delegate alle regioni. Da tale termine le regioni provvedono al rilascio e al rinnovo delle concessioni demaniali marittime, nei limiti e per le finalità di cui al citato art. 59, applicando i canoni determinati ai sensi dell'art. 04 del presente decreto". Il termine è stato prorogato al 31 dicembre 1995 dall'art. articolo 16, comma 3, d.l. 21 ottobre 1996, n. 535, convertito in l. 23 dicembre 1996, n. 647.

<sup>75</sup> *Supra*, nota 44.

<sup>76</sup> Corte cost., ord. 19 maggio 1988, n. 579; Cons. Stato, Sez. VI, 2 giugno 1987, n. 358 e n. 359.

L'originario perimetro del trasferimento di funzioni, costituito dalle aree di demanio marittimo destinate a un'utilizzazione turistica o ricreativa, è stato peraltro ampliato in breve torno di tempo.

L'art. 105 del d.lgs. n. 112/1998<sup>77</sup> ha disposto infatti il conferimento a Regioni ed enti locali delle funzioni di "rilascio di concessioni di beni [...] del demanio marittimo e di zone del mare territoriale per finalità diverse da quelle di approvvigionamento di fonti di energia" con la sola eccezione, oltre che delle "aree di interesse nazionale individuate con il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 21 dicembre 1995", dapprima di tutti i porti e successivamente (a seguito della novella apportata al citato art. 105 nel 2001<sup>78</sup>) dei soli porti rientranti nella categoria I o nelle classi I e II della categoria II dell'art. 4 l. n. 84/1994.

Un ulteriore ampliamento del trasferimento di funzioni si ha poi con la riforma del Titolo V della Costituzione, che ha determinato il proliferare delle leggi regionali in materia di gestione del demanio marittimo e l'espunzione dall'elenco di cui al d.p.c.m. del 1995<sup>79</sup> di tutti i porti e approdi a destinazione turistica e da diporto e, dunque, l'assunzione, anche in tale sotto-ambito, della potestà concessoria da parte di Regioni ed enti locali<sup>80</sup>. Il nuovo art. 118, d'altro canto, sembra dare stabile fondamento costituzionale alla norma, già dettata come previsione intertemporale dall'art. 42 del d. lgs. 30 marzo 1999 n. 96, in forza della quale le funzioni amministrative in materia di demanio marittimo – devolute alle Regioni dal citato art. 105 d. lgs. n. 112/1998 – "sono esercitate dai comuni"<sup>81</sup>.

Questi cambiamenti hanno alimentato, come previsto dalla dottrina, la conflittualità tra le funzioni del demanio marittimo.

<sup>77</sup> D.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 (Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della l. 15 marzo 1997, n. 59).

<sup>78</sup> Art. 9 della l. 16 marzo 2001 n. 88 (Nuove disposizioni in materia di investimenti nelle imprese marittime).

<sup>79</sup> Corte Costituzionale 10 marzo 2006, n. 89 e n. 90; 6 luglio 2007, n. 255; 19 ottobre 2007, n. 344.

<sup>80</sup> Si noti che il "Decreto Burlando" (d.p.R. 2 dicembre 1997, n. 509 – Regolamento recante disciplina del procedimento di concessione di beni del demanio marittimo per la realizzazione di strutture dedicate alla nautica da diporto, a norma dell'articolo 20, comma 8, della legge 15 marzo 1997, n. 59), pur avendo attribuito formalmente i poteri concessori all'amministrazione marittima o alle autorità portuali, aveva previsto che l'istruttoria in conferenza coinvolgesse l'amministrazione comunale e quella regionale come competenti sui profili urbanistici e pianificatori.

<sup>81</sup> Cfr. M. CASANOVA, *Il demanio marittimo*, in A. ANTONINI (a cura di), *Trattato breve di diritto marittimo*, I, Milano 2007, 210.

La dialettica tra queste funzioni ha visto contrapposte per buona parte – nel mutato quadro legislativo e costituzionale – soggettività pubbliche distinte: in questa misura, essa è divenuta simmetrica alla dialettica tra la componente portuale affidata alla gestione delle autorità portuali e le altre *species* del demanio marittimo (quella portuale ‘minore’ e quella costiera) e si è dunque concentrata sulla definizione dei confini di tali componenti, in sede di pianificazione urbanistica e portuale<sup>82</sup>.

Ma una conflittualità tra funzioni ha contraddistinto anche il demanio la cui gestione è stata univocamente devoluta a Regioni e comuni. Qui la dialettica si è posta, nell’esperienza concreta, tra le sempre maggiori modalità di sfruttamento economico del litorale, ma è evidente come, più a monte, il nuovo quadro normativo abbia rilanciato l’urgenza di trovare una sintesi tra gli usi concessi, da un lato, e l’uso generale, dall’altro.

Al riguardo, è necessario ricordare che la stessa norma che ha fatto da sprone all’adozione del citato d.p.R. 22.12.1995 sembra volere scongiurare il rischio che, assegnato all’amministrazione degli enti territoriali minori, il potere concessorio possa con ancora più facilità che in passato prestarsi a un impiego incontrollato: l’art. 6, c. 3, del d.l. n. 400/1993 ha imposto alle regioni di predisporre “sentita l’autorità marittima, un piano di utilizzazione delle aree del demanio marittimo [PUDM], dopo aver acquisito il parere dei sindaci dei comuni interessati e delle associazioni regionali di categoria, appartenenti alle organizzazioni sindacali più rappresentative nel settore turistico dei concessionari demaniali marittimi”.

La rivalutazione, nel sistema normativo, degli “interessi locali” – a cui la prima legislazione speciale del demanio marittimo assegnava preminente rilievo<sup>83</sup> – si è accompagnata dunque all’onere di procedere alla

<sup>82</sup> Cfr. M. RAGUSA, *La costa, la città e il porto*, cit. Sotto questo aspetto, i campi di confronto tra Stato, Regioni e comuni sono stati rappresentati dalla definizione delle circoscrizioni delle autorità e, soprattutto, dai procedimenti di adozione dei Piani regolatori portuali. L’insuccesso di questi ultimi, com’è noto, è derivato principalmente dalla difficoltà di raggiungere un’intesa *ex art.* 5 l. n. 84/1994 tra autorità portuali e comuni interessati, ma è evidente come sopra questa discordia pesi l’assenza di una individuazione dei porti di I, II, III e IV classe (a cui avrebbe dovuto provvedere il d.m. di cui all’art. 4 l. n. 84/1994) e di indirizzi pianificatori del sistema portuale nazionale (PGTL). Su questi aspetti v. ID., *Porto e poteri pubblici*, cit. 386 ss.

<sup>83</sup> Ci si riferisce non solo al rilievo che gli interessi locali rivestivano nel procedimento di selezione tra istanze di concessione ai sensi dell’art. 770 del Regolamento di esecuzione del Codice della marina mercantile n. 5166/1879 (*supra*, § 2), ma anche al ruolo centrale assunto dalle realtà locali nell’esperienza degli enti portuali, bene evidenziata da F. BENVENUTI, *Ordinamento giuridico dei porti*, cit., 2321.

formale identificazione di tali interessi e di riconnetterli, tramite previsioni di piano, a “utilizzazioni” delle risorse costiere.

In questo rinnovato quadro normativo, pertanto, la rivalutazione investe anche (e soprattutto) il concetto di “uso”, il cui impiego in sede pianificatoria impone una preliminare individuazione e distinzione delle aree destinate a ciascuna delle due categoriche modalità di fruizione del litorale<sup>84</sup>: da un lato, quella che è soddisfatta dalla semplice esistenza del bene demaniale e, necessitando della sua generale accessibilità, richiede l'esercizio dei soli poteri pubblici strumentali alla conservazione della risorsa (e di ‘polizia’ del pubblico uso); dall'altro lato, le modalità di fruizione che sono soddisfatte da uno specifico impiego del bene e, richiedendone un uso esclusivo, presuppongono l'esercizio, mediante la concessione, di funzioni distributive da parte della P.A.

È vero che il legislatore del 1993 non ha dato indirizzi specifici sulla proporzione delle risorse costiere da destinare, in sede di pianificazione, alla prima o alle seconde modalità di fruizione.<sup>85</sup>

Ma è anche vero che la clausola di “compatibilità” contenuta all'art. 36 Cod. nav., tanto ambigua in sede di puntuale esercizio dei poteri concessori, è in grado di assumere un peso ben più consistente in sede pianificatoria, imponendo una definizione *ex ante* e su larga scala dell'effettiva estensione delle risorse demaniali destinate all'uso generale e di quelle adibite, mediante concessione, a usi “compatibili” con il primo.

Tuttavia, l'applicazione dell'art. 6, c. 3, d.l. n. 400/1993, salvo alcune eccezioni, si è rivelata limitata, a causa di più fattori concorrenti.

Innanzitutto, il territorio costiero i cui usi possono essere oggetto di pianificazione è risultato da subito circoscritto alle porzioni non già assegnate in concessione. Infatti, la previsione del diritto di insistenza, ora disposta dall'art. 37, c. II, Cod. nav. per le concessioni demaniali turistico-ricreative di cui all'art. 01, c. 1, d.l. n. 400/1993<sup>86</sup> (e ancor di più il re-

<sup>84</sup> In argomento, anche per un'analisi comparata, cfr. M. DE BENEDETTO, F. DI LASCIO, *La regolazione del demanio marittimo in Italia e Spagna: problemi, riforme e prospettive*, in *Riv. giur. ed.*, 1/2014, 28 ss.

<sup>85</sup> Stupisce, anzi, che nel procedimento di adozione dei PUDM sia stata prevista la necessaria acquisizione del “parere” delle associazioni di categoria dei concessionari demaniali e non, invece, la partecipazione delle associazioni che abbiano come fine statutario la tutela dell'ambiente, del paesaggio o dell'uso comune dei beni pubblici.

<sup>86</sup> La norma prevede che la “concessione dei beni demaniali marittimi può essere rilasciata, oltre che per servizi pubblici e per servizi e attività portuali e produttive, per l'esercizio delle seguenti attività: a) gestione di stabilimenti balneari; b) esercizi di ristorazione e somministrazione di bevande, cibi precotti e generi di monopolio; c) noleggio di

gime di proroga automatica introdotto, per le stesse concessioni, dall'art. 10 della l. 16 marzo 2001, n. 88)<sup>87</sup> – pur stemperato dalla giurisprudenza in ipotesi di concorso tra una istanza di rinnovo e nuove domande di concessione incompatibili<sup>88</sup> – ha sostanzialmente impedito di valutare la

imbarcazioni e natanti in genere; d) gestione di strutture ricettive ed attività ricreative e sportive; e) esercizi commerciali; f) servizi di altra natura e conduzione di strutture ad uso abitativo, compatibilmente con le esigenze di utilizzazione di cui alle precedenti categorie di utilizzazione”. A seguito delle modifiche introdotte dall'art. 02 d.l. n. 400/1993 cit., il testo dei commi II e III dell'art. 37 Cod. nav. è stato così modificato: “[II] Al fine della tutela dell'ambiente costiero, per il rilascio di nuove concessioni demaniali marittime per attività turistico-ricreative è data preferenza alle richieste che importino attrezzature non fisse e completamente amovibili. È altresì data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze. [III] Qualora non ricorrano le ragioni di preferenza di cui ai precedenti commi, si procede a licitazione privata”. L'ultimo periodo del comma II è stato soppresso dall'art. 1, c. 18, d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, convertito con modificazioni dalla l. 26 febbraio 2010, n. 25, il quale ha però ha però disposto, come noto, anche una proroga del termine di durata delle concessioni in essere alla data della sua entrata in vigore, in scadenza entro il 31 dicembre 2015, fino a tale data. A seguito della modifica disposta dall'art. 34 *duodecies*, comma 1, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, il termine finale della proroga è stato posticipato al 31 dicembre 2020. Infine, con la modifica disposta dall'art. 1, comma 547, della legge 24 dicembre 2012, n. 228, a decorrere dal gennaio 2013, la norma, il cui ambito di applicazione era originariamente limitato alle concessioni di beni demaniali marittimi destinati a finalità turistico ricreative, è stato esteso “alle concessioni di beni demaniali marittimi lacuali e fluviali con finalità turistico-ricreative e sportive, nonché quelli destinati a porti turistici, approdi e punti di ormeggio dedicati alla nautica da diporto”.

<sup>87</sup> Modificando il comma 2 dell'art. 01, infatti, la norma ha stabilito che “Le concessioni di cui al comma 1, indipendentemente dalla natura o dal tipo degli impianti previsti per lo svolgimento delle attività, hanno durata di sei anni. Alla scadenza si rinnovano automaticamente per altri sei anni e così successivamente ad ogni scadenza, fatto salvo il secondo comma dell'articolo 42 del codice della navigazione”. Tanto il diritto di insistenza previsto dall'art. 37 Cod. nav. come modificato dall'art. 02 d.l. n. 400/1993, quanto il rinnovo automatico di cui all'art. 01 si sono scontrati con la procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea il 29 gennaio 2009 (n. 4908/2008) e con la lettera di messa in mora complementare del 5 maggio 2010. Il comma 2 dell'art. 01 è stato infine abrogato dall'art. 11 della l. 15 dicembre 2011, n. 217.

<sup>88</sup> Fra le prime pronunce in tal senso cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 24 aprile 1995, n. 354. A fronte delle proroghe *ex lege* dei termini di scadenza delle concessioni (*supra*, nota 86), la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha invece, in molti casi, preso atto senza riserve dell'esclusione di una procedura competitiva, giustificata dalla “necessità di far rientrare dagli investimenti gli operatori che avevano comunque fatto affidamento sulla precedente legislazione in materia di diritto di insistenza, dando loro il tempo necessario all'ammortamento delle spese sostenute” (così Consiglio di Stato, sez. VI, 16 maggio 2013, n. 2663; v. anche Consiglio di Stato, sez. VI, 18 aprile 2013, n. 2151; sez. VI, 27 dicembre 2012, n. 6682). Ciò, nonostante la Corte costituzionale avesse in più occasioni dichiarato l'illegittimità di disposizioni analoghe contemplate dalla legislazione regionale:

possibilità di destinare estese porzioni delle aree costiere all'uso generale. La dialettica tra quest'ultimo e gli usi eccezionali si è così concentrata sulle porzioni in relazione alle quali una scelta risultasse possibile (poiché ancora soggette all'uso pubblico), con il risultato di un sensibile incremento, nel numero e nell'estensione, delle aree affidate in concessione<sup>89</sup>.

In secondo luogo, a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione, la rin vigorita potestà legislativa delle Regioni (concorrente in materia di governo del territorio, esclusiva in materia di turismo) ha consentito a queste ultime di procedere in ordine sparso: talora recependo il modello pianificatorio appena tratteggiato dall'art. 6, c. 3, d.l. n. 400/1993, talaltra introducendo forme di pianificazione differenti, in altri casi ancora omettendo di dotarsi di qualsivoglia strumento pianificatorio<sup>90</sup>.

Corte costituzionale, sentenza 20 maggio 2010, n. 180, relativa all'art. 1 della legge della regione Emilia Romagna 23 luglio 2009, n. 8; sentenza del 18 luglio 2011, n. 213, relativa all'art. 4 della legge della regione Marche 11 febbraio 2010, n. 7, all'art. 5 della legge della regione Veneto 16 febbraio 2010, n. 13 e degli artt. 1 e 2 della legge della regione Abruzzo 18 febbraio 2010, n. 3; sentenza 4 luglio 2013, n. 171, relativa all'art. 1 della legge della regione Liguria 30 luglio 2012 n. 24, in *Il diritto marittimo*, 4/2014. L'orientamento del Consiglio di Stato è mutato allorché, a seguito della reiterazione delle proroghe disposte dalla legge statale, i giudici di primo grado hanno sottoposto alla Corte di Giustizia la questione della compatibilità del diritto interno con l'art. 49 T.f.Ue e con la direttiva Bolkestein (T.A.R. Lombardia, Milano, ord. 26 settembre 2014 n. 2401 e TAR Sardegna, ord. 28 gennaio 2015, n. 224): v. Consiglio di Stato, sez. VI, 14 agosto 2015, n. 3936). Il rinnovo delle proroghe automatiche disposte dai provvedimenti legislativi successivi alla nota pronuncia della C.G.Ue. (sez. V, 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15) è, appunto, oggetto delle pronunce dell'Adunanza plenaria n. 17 e n. 18 del 2021 (art. 1, commi 682 e 683, legge n. 145 del 2018 e art. 182, comma 2, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito con l. 17 luglio 2020, n. 77).

<sup>89</sup> Si veda, ad esempio, l'art. 2 delle "Linee guida per la redazione dei Piani di utilizzo delle aree demaniali marittime da parte dei comuni costieri della Sicilia" del Luglio 2016, predisposte dall'Assessorato del Territorio e dell'Ambiente della Regione Siciliana sulla scorta delle previsioni dell'art. 4 della legge reg. 29 novembre 2005, n. 15, ove si impone alla pianificazione di livello locale di prevedere "una quota non inferiore al 50% dell'intero litorale di pertinenza comunale da destinare alla fruizione pubblica, fatte salve le concessioni già rilasciate". Cfr.: [https://demaniomarittimo.regione.sicilia.it/portale/doc/pudm/DA\\_319\\_GAB\\_del\\_5\\_agosto\\_2016\\_Allegati.pdf](https://demaniomarittimo.regione.sicilia.it/portale/doc/pudm/DA_319_GAB_del_5_agosto_2016_Allegati.pdf). Sul costante incremento delle aree di demanio marittimo concesse a privati v. da ultimo il *Rapporto Spiagge 2021* di Legambiente, consultabile all'URL <https://www.legambiente.it/wp-content/uploads/2021/07/Rapporto-Spiagge-2021.pdf>.

<sup>90</sup> Nelle ipotesi in cui la legislazione regionale ha disciplinato la pianificazione degli usi della costa con regole tali da garantirne un'applicazione più incisiva, il diritto di insistenza ha incontrato un ostacolo non soltanto nella presentazione di istanze concorrenti, ma anche nella previsione di una incompatibile destinazione a uso generale prevista dal piano (come il Piano delle coste pugliese): v. ad es. TAR Puglia, Lecce, 10 aprile 2015, n. 1142 e Id., 20 luglio 2017, n. 1252 (quest'ultima riformata da Consiglio di Stato, V, 22

Tra le cause dell'insuccesso dei PUDM (e degli analoghi piani introdotti dalla legislazione regionale), infine, non può ignorarsi la mancanza di un adeguato raccordo con altri strumenti di pianificazione, formalmente aventi a oggetto aspetti differenti rispetto alle modalità di fruizione del litorale, ma a questo strettamente collegati.

Fra questi, innanzitutto, del Piano generale di difesa del mare e delle coste marine dall'inquinamento e di tutela dell'ambiente marino, introdotto dall'art. 1 della l. n. 979/1982<sup>91</sup>: strumento che, mantenuto tra i "compiti di rilievo nazionale" dal d.lgs. n. 112/1998 (art. 80, c. 1, lett. *a*), è stato in parte 'doppiato' dalla stessa fonte, che ha attribuito a regioni ed enti locali – senza stabilire alcun coordinamento – le funzioni di "programmazione, pianificazione e gestione integrata degli interventi di difesa delle coste e degli abitati costieri" (art. 89, c. 1, lett. *b*). La funzione originariamente attribuita al Piano è oggi assolta da informali 'linee guida'<sup>92</sup>, la cui applicazione non è peraltro caratterizzata da uniformità<sup>93</sup>.

Inoltre, con il d.lgs. 17 ottobre 2016, n. 201 è stata recepita dal Direttiva 2014/89/UE che istituisce un quadro per la pianificazione dello spazio marittimo.

Il provvedimento ha lo scopo di "assicurare la protezione dell'ambiente marino e costiero [...] tenendo conto delle interazioni terra-mare" (art. 1) e, tuttavia, prevede una pianificazione soltanto per gli usi delle "acque marine", non delle "coste" né delle "acque costiere" (ove queste ultime rientrano "nelle pianificazioni urbane e rurali disciplinate da vigenti disposizioni di legge": art. 2).

La limitazione dell'ambito oggettivo di tale forma di pianificazione è giustificata, nella Direttiva del 2014, dalla necessità di lasciare impregiudicate le competenze esclusive degli Stati membri<sup>94</sup>: non è, invece, altret-

settembre 2017, n. 4439, sul rilievo della mancata definizione del procedimento pianificatorio. La pronuncia di appello qualifica "apodittica" l'affermazione del Tar secondo cui, prima del perfezionamento del procedimento di approvazione del piano, l'Amministrazione possa accordare un privilegio all'uso pubblico e gratuito delle aree demaniali rispetto alle istanze di concessione).

<sup>91</sup> L. 31 dicembre 1982, n. 979 (Disposizioni per la difesa del mare). Per l'adozione del piano, originariamente rimessa al Ministro della marina mercantile, la legge 8 luglio 1986, n. 349 ha previsto il concerto con il Ministero dell'ambiente (art. 2, c. 8).

<sup>92</sup> Dettate dal Tavolo nazionale erosione costiera, istituito sulla base di un Protocollo di intesa sottoscritto tra il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e le Regioni costiere il 6 aprile 2016 (le linee guida e la documentazione di riferimento sono rinvenibili all'URL: <http://www.erosionecostiera.isprambiente.it/linee-guida-nazionali>).

<sup>93</sup> F. FRANCIOSI, *op. cit.*

<sup>94</sup> Cfr. Considerando (17) della Direttiva 2014/89/UE cit.

tanto comprensibile la sua trasposizione nel testo del d.lgs. n. 201/2016, il quale avrebbe potuto rimettere ai Piani di gestione dello spazio marittimo anche la disciplina degli usi delle coste e del mare costiero, ogni qualvolta la pianificazione del fronte terrestre (non solo quella “urbana” o “rurale”, ma “qualsiasi sistema di pianificazione dello spazio terrestre utilizzato per pianificare le modalità di utilizzo della zona costiera”<sup>95</sup>) si riveli in concreto mancante o incompleta.

In ogni caso, la pianificazione delle “interazioni terra-mare” costituisce uno dei profili di maggior rilievo nel corpo del d.lgs. n. 201/2016; e le linee guida predisposte dal Tavolo interministeriale di coordinamento per la pianificazione dello spazio marittimo (*ex art. 6, c. 3, del decreto*) rimettono ai Piani di gestione l’individuazione delle aree terrestri rilevanti per tali interazioni<sup>96</sup>.

Il provvedimento non dà conto, tuttavia, delle modalità mediante le quali i nuovi Piani di gestione dovranno armonizzarsi con eventuali strumenti vigenti che abbiano a oggetto gli usi della costa, rimettendo ai Piani stessi di ricercare un “coordinamento con i diversi sistemi di pianificazione regionale e locale”: prendendo atto del fatto che la Gestione integrata delle zone costiere è attualmente affidata all’episodica iniziativa di Regioni ed enti locali, le citate linee guida si limitano a evidenziare l’inclusione dei Piani di gestione tra gli strumenti a servizio di tale gestione<sup>97</sup>, ma non propongono indirizzi di merito se non quello, minimalista,

<sup>95</sup> *Ibidem.*

<sup>96</sup> Le linee guida prevedono in realtà, in fase di prima applicazione, un ambito di aree terrestri piuttosto limitato: “In prima battuta, comunque, le aree terrestri rilevanti per le interazioni terra-mare avranno come riferimento l’ambito territoriale dei comuni costieri e di specifici ambiti, da definire tenendo conto di elementi e fattori quali: – bacini idrografici di superficie e bacini imbriferi significativi in relazione agli assetti costieri, da individuarsi all’interno dei Distretti idrografici di cui alla direttiva 2000/60/CE così come recepita dal decreto legislativo n. 152/2006 e ss.mm.ii.; – aree naturali protette (SIC e ZPS, Rete Natura2000), marine e terrestri, con particolare riguardo ai casi in cui l’equilibrio ecosistemico marino incida particolarmente su quello terrestre, creando condizioni favorevoli per produzioni agricole tipiche e/o per il sussistere di assetti paesaggistici costieri di rilevante interesse culturale e naturale; siti UNESCO; tratti costieri caratterizzati da elevati valori scenici e panoramici nel rapporto di intervisibilità terra-mare; – presenza di infrastrutture marino costiere con particolare riguardo alle aree portuali (piani regolatori portuali) rilevanti per le attività umane connesse all’utilizzo delle risorse marino costiere”.

<sup>97</sup> Sulla nozione e sulla dimensione giuridica della Gestione integrata delle zone costiere (GIZC), sui suoi fondamenti di diritto internazionale e sulla sua (astratta) centralità anche nelle politiche dell’Unione europea sullo spazio mediterraneo v. T. SCOVAZZI, *Il Progetto di Protocollo mediterraneo sulla gestione integrata delle zone costiere*, in *Rivista*

relativo alla promozione, nel settore del turismo, di modalità di fruizione “non distruttive” dell’ambiente e del paesaggio costiero.

Tra gli strumenti di pianificazione con i quali i Piani di gestione devono integrarsi, le linee guida menzionano i Piani regolatori dei sistemi portuali, non soltanto in relazione al settore dei trasporti (la cui sostenibilità ambientale è di primario interesse nella pianificazione degli usi dello spazio marittimo), ma anche con specifico riferimento alla materia del turismo, sul rilievo che le “interazioni città-porto” costituiscono componente essenziale del PRSP.

E sono appunto i Piani regolatori di sistema portuale e i Piani regolatori portuali gli strumenti di cui, nel sistema normativo vigente, non può, in ultimo, ignorarsi la radicale mancanza di coordinamento con i PUDM o con le altre forme di pianificazione che, in base alla legislazione regionale, abbiano la funzione di disciplinare *ex ante* le modalità di fruizione della costa.

Al riguardo può sì osservarsi che le modifiche da ultimo apportate all’art. 5 della l. n. 84/1994 sembrano rendere gli interessi pianificatori locali subalterni a quelli dell’Autorità portuale, anche in relazione alle porzioni di territorio definite di “interazione città-porto”<sup>98</sup>; e tuttavia non

*giuridica dell’ambiente*, 2/2006, 355 ss.; G. TACCOGNA, *Gli strumenti giuridici al servizio di una politica integrata per la gestione e lo sviluppo sostenibile della costa*, in *Quaderni regionali*, 3/2007, 847 ss.; N. GRECO, P. BIONDINI, *Verso la gestione integrata delle aree costiere: l’approccio delle Regioni italiane*, in *Studi parlamentari e di politica istituzionale*, 3-4/2008, 107 ss.; E. BOSCOLO, *La gestione integrata delle zone costiere in Italia: prospettive e prime esperienze*, in *Rivista quadrimestrale di Diritto dell’ambiente*, 1/2011, 40 ss.

<sup>98</sup> Il d.lgs. n. 169 del 2016 – il quale, come anticipato, ha sostituito le autorità portuali istituite nel 1994 con le autorità di sistema portuale (AdSP), ciascuna delle quali provvede oggi alla gestione di una pluralità di scali marittimi – ha modificato anche l’art. 5 della legge Porti, al fine di adeguare la pianificazione portuale alla rilevante modifica organizzativa introdotta. La norma è stata peraltro oggetto, da quella data, di ulteriori integrazioni e riformulazioni. Il vigente art. 5, c. 1, della legge n. 84 del 1994 prevede l’adozione di un Piano regolatore di sistema portuale (PRSP), “strumento di pianificazione del sistema dei porti ricompresi nelle circoscrizioni territoriali delle Autorità di sistema portuale”, il quale si compone di un Documento di pianificazione strategica di sistema (DPSS) e di tanti piani regolatori portuali (PRP) quanti sono i porti rientranti nella circoscrizione dell’AdSP (art. 5, c. 1 *bis*, lett. *b*; nel senso di una limitazione al sotto-ambito di interazione città-porto le competenze della pianificazione urbanistica, cfr. già G. ACQUARONE, *Il piano regolatore delle autorità portuali*, Milano 2009, 273 ss.; la distinzione tra l’ambito del porto operativo e quello di interazione città-porto è stata in passato accolta dal Consiglio superiore dei lavori pubblici: cfr. la Circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti n. 17778 del 15 ottobre 2004, “Linee guida per la redazione dei piani regolatori portuali”). Quel che può essere qui rilevante evidenziare è che, tra le funzioni rimesse alla nuova pianificazione di sistema, rientra la delimitazione tra le aree destinate

può ignorarsi come la preminenza degli interessi delle Autorità di sistema portuale sia giustificabile, sul piano sistematico (e costituzionale), solo nella misura in cui essi riflettano un interesse nazionale (o internazionale)<sup>99</sup>.

La pianificazione degli usi del demanio marittimo (non solo la pianificazione urbanistica) da parte di regioni e comuni dovrebbe dunque abbracciare tutte le aree che, pur incluse nella circoscrizione di un'autorità di sistema portuale e soggette alla sua gestione, siano prive di una funzione portuale nazionale o internazionale<sup>100</sup>, quali ad esempio quelle concesse a privati per la gestione di porti e approdi turistici e da diporto o, in generale, per usi turistico-ricreativi. E ciò già solo perché, quali aree costiere oggetto di concessione, anch'esse rappresentano una frazione di quella porzione marginale di demanio marittimo della quale, in sede pianificatoria, dovrebbe misurarsi la "compatibilità" con la porzione destinata al pubblico uso *ex art. 36 Cod. nav.*, a nulla rilevando l'identità dell'ente pubblico concedente.

a funzioni strettamente portuali e retro-portuali, i collegamenti infrastrutturali di ultimo miglio con i singoli porti del sistema, gli attraversamenti del centro urbano e infine le aree di interazione porto-città. La pianificazione (ma non la delimitazione) di queste ultime aree è affidata, in sede di adozione del PRSP, ai comuni interessati, previo parere della competente AdSP; "con riferimento esclusivo" alla pianificazione delle stesse aree "di interazione" è ora richiesto alle Autorità di sistema, in sede di adozione di ciascun PRP, di raggiungere un'intesa con i comuni interessati (art. 5, c. 1 ter); in caso di dissenso, tuttavia, trova applicazione il procedimento di opposizione di cui all'art. 14 *quinquies* l. n. 241 del 1990.

<sup>99</sup> Cfr. la giurisprudenza costituzionale citata alla precedente nota 79. Proprio per tale ragione, del resto, la gerarchizzazione, in sede pianificatoria, tra gli interessi del porto e quelli della città si è accompagnata (art. 5, c. 1, l. n. 84/1994) all'introduzione di un vincolo tra gli obiettivi dei piani portuali e quelli definiti, a monte, dal Piano generale dei trasporti e della logistica: strumento riformato (e potenziato) dagli artt. 200 ss. del coevo Codice dei contratti pubblici, ma a oggi non adottato (v. *supra*, nota 68)

<sup>100</sup> Alla luce del quadro normativo vigente, occorre tuttavia evidenziare gli equivoci che, sulla classificazione delle aree ricomprese in ciascun sistema portuale, ingenera la perdurante inerzia ministeriale nell'adozione del decreto di cui all'art. 4 l. n. 84/1994 (cfr. S.M. CARBONE, F. MUNARI, *I porti italiani e l'Europa*, cit. 84 ss.). Equivoci che, di recente, hanno avuto anche una proiezione sugli orientamenti della Corte costituzionale in materia di riparto di potestà legislativa tra Stato e Regioni in materia di trasporti e sistemi portuali: v., in nota a Corte costituzionale 9 ottobre 2020, n. 208, M. RAGUSA, *Problemi di dialogo tra Stato e regione nell'epoca dei sistemi portuali*, in *Riv. giur. ed.*, 6/2020, 1512 ss.

6. *Brevi conclusioni: leggendo tra le righe delle pronunce del novembre 2021*

Dalla pur incompleta ricostruzione che precede può delinarsi, nei tratti di massima, un modello del rapporto tra demanio marittimo e concessione disegnato dalla legislazione vigente.

Non pare, in proposito, che all'interpretazione sistematica delle fonti di riferimento possa più di tanto giovare l'adesione all'una o all'altra delle grandi teorizzazioni relative alla categoria dei beni pubblici.

Che, infatti, i poteri concessori siano ritenuti espressione di potestà dominicale o che, al contrario, siano considerati strumenti di una funzione che gli enti pubblici assolvono come agenzia di una collettività proprietaria<sup>101</sup>, essi devono essere esercitati nel rispetto del dato dell'art. 36 Cod. nav.: quest'ultimo, indicando nell'apertura all'uso pubblico la destinazione normale dei beni e imponendo all'amministrazione concedente di accertare che gli usi eccezionali siano con questa "compatibili", continua a rappresentare il centrale riferimento normativo in grado di orientare l'analisi dell'istituto.

Allo stesso modo, ricorrere al modello della proprietà pubblica soggettiva o a quello della proprietà collettiva non sembra influire sulla interpretazione di tale clausola di "compatibilità"<sup>102</sup>.

Indipendentemente dal modello teorico che si adotti, infatti, la scelta dell'amministrazione di riservare l'uso di un bene demaniale marittimo in favore di un particolare rappresenta, in astratto, un potere discrezionale e

<sup>101</sup> Per la teorizzazione in epoca successiva alla Costituzione repubblicana, com'è noto, le opere di riferimento sono M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., e S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano 1969; i beni pubblici sono tali soltanto *quoad usum* secondo la tesi di V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici*, Napoli 1979; ID., *Beni pubblici (uso dei)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino 1987, 304 ss.; ID., *Beni pubblici*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma 1988, *ad vocem*; ID., *Proprietà dovere dei beni in titolarità pubblica*, in AIPDA, *Annuario 2003, Titolarità pubblica e regolazione dei beni*, Milano 2004., 61 ss.; per una rinnovata formulazione della tesi v. M. OLIVI, *Beni demaniali ad uso collettivo. Conferimento di funzioni e privatizzazione*, Padova 2005.

<sup>102</sup> È del resto lo stesso Giannini ad ammettere che l'ente-amministratore di beni di proprietà collettiva (proprio come l'ente-*dominus* di beni pubblici "a destinazione nazionale") possa riservare il loro uso "a quei componenti la collettività che ne chiedono l'utilizzazione migliore dal punto di vista degli interessi generali: come beni collettivi, essi sono della collettività e lo Stato ne è amministratore, mentre dei beni nazionali è proprietario; ma come per i beni nazionali esso ne è amministratore solo a fini sociali" (M.S. GIANNINI, *op. cit.*, 72 ss.).

sindacabile; in concreto, essa è però sostanzialmente sottratta a ogni possibile controllo, ove non sia preceduta dalla ricognizione, in una adeguata sede pianificatoria, dell'insieme dei beni che afferiscono alla categoria e dalla conseguente individuazione tanto delle aree demaniali necessarie alla destinazione normale, quanto di quelle qualificabili come porzioni marginali o "eccedenti"<sup>103</sup>.

In proposito, un primo profilo di interesse presentato dalle pronunce n. 17 e n. 18 del 2021, in relazione al tema qui esaminato, può essere rinvenuto negli argomenti impiegati dall'Adunanza Plenaria per dimostrare la dimensione transfrontaliera (e dunque la soggezione all'art. 49 T.f.Ue) del mercato delle concessioni demaniali marittime.

Afferma condivisibilmente il Consiglio di Stato, infatti, che le aree costiere italiane presentano un interesse transfrontaliero certo "tutte e nel loro insieme", che è cioè il valore della categoria del demanio marittimo unitariamente considerata a determinare quello di una singola concessione, la cui considerazione atomistica costituirebbe un "artificioso frazionamento" dell'importanza e della "potenzialità economica del patrimonio costiero nazionale" (par. 16).

A questa conclusione potrebbe solo obbiettarsi che quello costiero è solo in parte (e *ad tempus*), in senso tecnico, un "patrimonio": per misurare la "potenzialità economica" delle aree gestite patrimonialmente, in quanto oggetto di concessione, è anzi indispensabile considerare proprio l'estensione e il valore della componente asservita a una (normale) destinazione *non* patrimoniale.

Da un lato, infatti, l'estensione di quest'ultima componente, inversamente proporzionale a quella delle porzioni di demanio concedibili, influisce sul rapporto tra domanda e offerta nel mercato considerato. D'altro canto, l'esistenza di tratti costieri sottratti a sfruttamento economico rappresenta notoriamente, in tale mercato, un valore aggiunto per le concessioni rilasciate in loro prossimità: concessioni la cui attrattività deriva spesso non tanto dalla *res* che ne forma oggetto, ma da fattori

<sup>103</sup> In questo senso, nel solco del fondamentale insegnamento di U. POTOTSCHNIG (cfr. *Vecchi e nuovi strumenti nella disciplina pubblica delle acque*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1969, 1021), le conclusioni del più volte citato studio di B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, cit., 455 ss.. Con specifico riferimento al demanio marittimo, in questa direzione (sebbene nel contesto di un differente approccio sistematico), già M.L. CORBINO, *Il demanio marittimo*, cit., 223 ss. e soprattutto A. D'AMICO CERVETTI, *Demanio marittimo e assetto del territorio*, cit., 253 ss.

paesaggistici, ambientali e di sostenibilità turistica del territorio (anche costiero) circostante.

Una precisazione di tal fatta sarebbe forse apparsa ultronea rispetto all'orizzonte (già ampio) in cui si muovono le due decisioni. L'Adunanza plenaria non ha avuto la necessità di evidenziare come la pianificazione degli usi del demanio marittimo sia lo strumento deputato ad attestare l'esistenza di aree ulteriori rispetto a quelle oggetto di concessione. Al fine di argomentare l'effetto preclusivo dell'accesso al mercato determinato dalla proroga *ex lege* fino al 2033, infatti, è stato sufficiente al Collegio rilevare che, *de facto*, "i dati forniti dal sistema informativo del demanio marittimo (SID) del Ministero delle Infrastrutture rivelano che in Italia quasi il 50% delle coste sabbiose è occupato da stabilimenti balneari, con picchi [del] 70%"; e che in alcune Regioni "è previsto un limite quantitativo massimo di costa che può essere oggetto di concessione, che nella maggior parte dei casi coincide con la percentuale già assentita", per concludere che nel settore delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative, "le risorse naturali a disposizione di nuovi potenziali operatori economici sono scarse, in alcuni casi addirittura inesistenti, perché è stato già raggiunto il – o si è molto vicini al – tetto massimo di aree suscettibile di essere date in concessione" (par. 25, in punto di applicabilità della Direttiva Bolkestein al settore in esame).

Tuttavia, considerata l'ampiezza del mandato che l'Adunanza plenaria ha ritenuto di onorare con le pronunce in parola, stupisce che, tra gli indirizzi rivolti alle amministrazioni (e in parte al legislatore, il cui auspicato intervento rappresenta una delle giustificazioni a fondamento della originale moratoria al 2023 disposta dalle due decisioni) non ve ne sia alcuno attinente alla pianificazione degli usi del demanio marittimo e alla puntuale identificazione *ex ante* delle aree concedibili (sia all'interno di un singolo tratto costiero, sia nel quadro complessivo del demanio marittimo nazionale, in tesi rilevante nella sua unitarietà).

Sembra, infatti, che – sulla base dei principi elencati al par. 49 delle due decisioni – i criteri non economici da impiegare per la scelta del concessionario corrispondano almeno in parte a interessi (la tutela dell'ambiente, del paesaggio, del patrimonio culturale) la cui dimensione è difficilmente apprezzabile in occasione della puntuale ed episodica valutazione discrezionale effettuata in sede di gara.

In difetto di una previa e organica pianificazione, sotto altro aspetto, lo stesso auspicio che "le amministrazioni concedenti sfruttino appieno

il reale valore del bene demaniale oggetto di concessione” pare destinato a rimanere tale.

Provando a inquadrare l’oggetto delle due sentenze in una cornice più ampia, insomma, il tema della pianificazione degli usi del demanio marittimo non appare poi tanto remoto e indipendente dalle questioni affrontate dal Consiglio di Stato. Il riordino della frastagliata disciplina delle forme di pianificazione direttamente o indirettamente incidenti sugli usi del demanio marittimo sembra, anzi, preliminare a qualsiasi altra azione, se non si vuole che la componente-monito delle conclusioni a cui è giunta l’Adunanza plenaria si risolva in un decalogo puramente formalistico.

Non è superfluo, in proposito, notare tra l’altro che, delle due cause da cui le sentenze n. 17 e n. 18 del 2021 traggono origine, l’una ha oggetto il diniego di proroga adottato da un comune costiero in ordine alla concessione di uno stabilimento balneare<sup>104</sup>, l’altra un omologo rigetto, disposto però da un’autorità di sistema portuale in relazione alla concessione di un “approdo turistico con struttura adibita a ristoro e servizi di accoglienza”<sup>105</sup>.

Nell’uno e nell’altro caso, l’oggetto diretto del giudizio concerne l’applicabilità della proroga che la normativa italiana ha disposto in relazione a entrambi i tipi di concessione e indipendentemente dall’identità del concedente. Ma non v’è dubbio che, per quanto concerne la componente (ultra)nomofilattica delle due decisioni, i principi da applicare in sede di rilascio di concessioni per porti e approdi turistici rientranti nelle circoscrizioni delle autorità di sistema portuale potrebbero essere differenti a seconda che si considerino tali strutture soggette alla pianificazione portuale (e interessate dalla “strategia commerciale” dell’ente gestore<sup>106</sup>) o piuttosto alla pianificazione che rappresenta (*rectius*: dovrebbe rappresentare) il presupposto per il rilascio di concessioni turistiche e ricreative da parte degli enti nelle cui competenze tale potere ordinariamente rientra.

In sintesi, se in relazione al diritto dell’Unione europea è senz’altro vero (come correttamente affermano le due sentenze al par. 21) che l’effetto di integrazione negativa prodotto dalla direttiva Bolkestein non necessiti di una previa armonizzazione dei diritti nazionali, non pare che,

<sup>104</sup> TAR Puglia, Lecce, 15 gennaio 2021, n. 73.

<sup>105</sup> TAR Sicilia, Catania, 15 febbraio 2021, n. 504.

<sup>106</sup> Comunicazione della Commissione europea del 18 ottobre 2007, COM (2007) 616 def., cit.

con riferimento all'ordinamento domestico, la creazione di un mercato delle concessioni demaniali marittime possa analogamente prescindere da una sistemazione delle discipline che, direttamente o indirettamente, interessano le modalità di (e le limitazioni alla) fruizione della costa e la loro pianificazione.

Una volta a regime, qualunque regime competitivo continuerà infatti a presupporre il principio di "compatibilità" della concessione con il pubblico uso, espresso dall'art. 36 Cod. nav.: principio dalla cui effettività deriverà la idoneità della concorrenza a giovare all'interesse generale, oltre che a quello particolare delle imprese interessate ad accedere al mercato.

